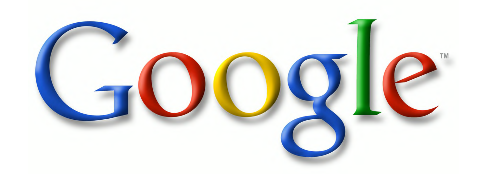
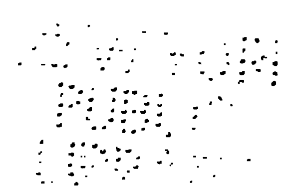



NYPL RESEARCH LIBRARIES
3 3433 07594811 1

[illegible] Arbeit [illegible]
[illegible] 1905 Verpfändung £ 54
[illegible] 1905 £ 61 [illegible] 1905 [illegible] 60
[illegible] 1905 £ 62
[illegible] £ 63

Heft 59–63.



Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen. Prof. Dr. **Birkmeyer,** München. Prof. Dr. **van Calker.** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener,** Breslau. Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn. Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Prof. Dr. **Kohler,** Berlin. Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Prof. Dr. **von Lilienthal,** Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg. Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 59.

Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit

im geltenden Strafrecht und sein Schutz.

Von

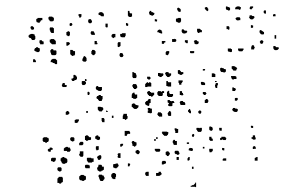
Dr. jur. Reinhold Kulenkampff.

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.



Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit

im geltenden Strafrecht und sein Schutz.

Von

Dr. jur. Reinhold Kulenkampff.

BRESLAU 1905.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von **Prof. Dr. Wachenfeld.**

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalt.

Einleitung.

Hauptteil.

Schluss.

Quellenverzeichnis.

1. Gesetz vom 9. April 1900 betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, Seite 15 ff. § 1 Seite 28 ff § 2 Seite 39 ff.
2. Reichsstrafgesetzbuch: § 242 Seite 5 ff. §§ 243—248 Seite 41. § 263 Seite 12, 41 ff. § 303 Seite 12, 40.
3. Strafprozessordnung: § 376 Seite 7 f.
4. Bürgerliches Gesetzbuch: § 90 Seite 21 ff. § 651 Seite 26. § 823 Seite 25.
5. Preussisches Allgemeines Landrecht: Teil 1, Titel 2. §§ 3, 869, 918, 925, 987 Seite 20 f.
6. Ausländische Gesetze: Schweizerisches Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen von 1902 „Artikel 56 bis" Seite 14. England: Electric Lighting Act vom 18. August 1882 „sectio 23", Electric Lighting Clauses Act von 1899 Seite 14.

Einleitung.

Physikalische Grundbegriffe.

Ehe wir des näheren auf das vorliegende Thema eingehen, sind wir gezwungen, die zur Anwendung gelangenden Fachausdrücke in ihrer Bedeutung genügend festzulegen und gegeneinander abzugrenzen. Denn ganz besonders in dem Streit über das vorliegende Thema hat sich gezeigt, wie notwendig eine solche Begriffsfeststellung ist. In den zahlreichen diesbezüglichen Schriften werden Ausdrücke wie Kraft, Energie oder Arbeit bald im Sinne des täglichen Lebens, bald als Begriffe der Naturwissenschaft gebraucht. Dass unter diesen Umständen keine Einigung erzielt werden konnte, ist wohl verständlich. Am ehesten ist über obige Begriffe eine Verständigung möglich, wenn wir die strengen Definitionen der Naturwissenschaft nehmen. Denn die Auffassung des täglichen Lebens dürfte kaum in eine einheitliche Formel zu bringen sein, wie gerade die Differenzen über unseren Gegenstand beweisen. Im besonderen sind es die oben erwähnten drei Begriffe, welche Schwierigkeiten machen: Kraft, Energie und Arbeit. „Kraft ist die Ursache der Geschwindigkeitsänderung“ sagt der Physiker[1]). Kraft ist also derjenige Faktor, der einen Körper entweder aus seiner Lage bringt oder seine Bewegung beschleunigt, verlangsamt oder aufhält.

Kraft ist ein der Mechanik angehöriger Begriff, der füglich auf die Elektrizität nicht angewendet werden kann.

[1]) Paul Reiss, Lehrbuch der Physik Seite 29.

Energie ist das „Vermögen eines Körpers Arbeit zu leisten oder seine Wirkungsfähigkeit".[1]) Das Verhältnis der Kraft zur Energie veranschaulicht ein Beispiel: Wird ein Balken mittelst einer Winde in die Höhe gewunden, so erfordert diese Tätigkeit ein gewisses Mass von Kraft. Diese aufgewandte Kraft ist in der Weise wirksam geworden, dass sie den Balken in eine Lage bringt, in der er im Stande ist, dasselbe Mass von Kraft (wir sehen hierbei von den notwendigen Kraftverlusten als minimalen Faktoren ab) wirken zu lassen; der Balken besitzt eine gewisse Wirkungsfähigkeit oder Energie. Diese ist nun in doppelter Weise denkbar, nämlich als Energie der Lage oder Energie der Bewegung: Der hinunterstürzende Balken bringt die in ihm enthaltene Energie zur Erscheinung durch die Energie der Bewegung oder, um den *Leibniz*schen Ausdruck zu gebrauchen, durch die „lebendige oder kinetische" Energie, die er vordem in seinem höchsten Punkte als Energie der Lage, potentielle Energie, besass.

Wie steht aber dazu der Begriff der „Arbeit"? Hier ist leider eine Abweichung der Sprache des Physikers von der des Laien zu konstatieren, die die Quelle zahlreicher Missverständnisse geworden ist. „Arbeit" bedeutet für den Physiker sowohl den Zustand des Tätigseins, als das Produkt desselben. Der Laie denkt mehr an ersteres; vereinzelt gebrauchen wir das Wort allerdings auch ähnlich, sprechen z. B. von der „Arbeit eines Gelehrten", meinen damit bald seine Tätigkeit, bald das Geistesprodukt. In erster Linie bezeichnen wir aber mit Arbeit die Tätigkeit. Der Physiker hingegen versteht unter „Arbeit" in erster Linie das, was wir Produkt der Arbeit nennen würden. Im obigen Beispiel wäre also die Arbeit die Energie der Lage, welche der Balken in seinem höchsten Punkte hat. Getane Arbeit ist gleich Kraft mal Weg (Gewicht des Balkens mal Hubhöhe); die getane Arbeit wird zur gewonnenen Arbeit, zu jenem Arbeitskapital, das wir oben Energie der Lage nannten. Hierin liegt das Gesetz von der Erhaltung der Arbeit: „Energie kann niemals vernichtet und ebensowenig aus nichts gewonnen werden".[2]) Somit erkennen wir, dass Energie dasselbe ist wie Arbeit, was sich auch aus

[1]) **Lommel, Lehrbuch der Experimentalphysik 4. Auflage, Seite 21.**
[2]) **Lommel a. a. O. Seite 23.**

ihrer Definition als Arbeitsfähigkeit erweist. Arbeitsfähigkeit ist durch Arbeit erzielt und bedeutet die Fähigkeit Arbeit zu leisten. Da jedoch Energie nur in dem Sinne gebraucht wird als Fähigkeit Arbeit zu leisten, nichts aber darauf hinweist, ob sie von Natur vorhanden oder durch Arbeit erzielt ist, so ist Arbeit der vielseitigere Ausdruck, da er sowohl die Arbeitsfähigkeit bezeichnet, als auch die Entstehung derselben. Er bedeutet sowohl eine Tätigkeit, als das Produkt derselben.

Aus diesem Grunde entschloss sich die Regierung bei Beratung des Gesetzes vom 1. Juni 1898 betreffend die elektrischen Masseinheiten auf Anregung seitens der Reichstagskommission in den §§ 6 und 12 den Ausdruck „gewerbsmässige Abgabe elektrischer Arbeit“ zu gebrauchen. Dass unter diesen Umständen bei konsequenter Terminologie des Gesetzgebers in dem Gesetz vom 9. April 1900 derselbe Ausdruck wiederkehren musste, kann uns nicht Wunder nehmen.[1]) Die von *Pfleghart*[2]) gegen den Ausdruck gerichtete Polemik ist deshalb grundlos, weil er sich bei der Auffassung des Wortes „Arbeit“ nicht freimacht von der nationalökonomischen Definition derselben als einer auf Hervorbringung menschlicher Güter gerichteten Tätigkeit. Für die Physik ist Arbeit sowohl die Tätigkeit, als auch ihr Produkt. Dasselbe gilt auch gegen *Reuling*.[3])

Die Energie eines Körpers, d. h. seine Fähigkeit Arbeit zu leisten, kann aber in doppelter Weise vorhanden sein: Erstlich kann sie ihm von Natur innewohnen, und ferner kann sie ihrerseits das Produkt einer vorhergehenden Arbeit sein. Im ersten Fall ist die Energie eines Körpers eine notwendige Eigenschaft von ihm, ohne die er nicht ein Körper dieser Art ist: Eine Steinkohle, der man durch Verbrennung ihre chemische Energie entzogen hat, ist keine Steinkohle mehr. Das Auslösen der in solche Körper gebundenen Energieen bedeutet zugleich ein Vernichten des Körpers selbst; der Körper wird „verbraucht“. Denn „entscheidend für das Verbrauchen ist die Zerstörung oder

[1]) Vergleiche hierzu F. Kohlrausch: Energie oder Arbeit und die Anwendungen des elektrischen Stromes. Leipzig 1900.

[2]) Die Elektrizität als Rechtsobjekt, Strassburg, 1901/2, Band 2 Seite 129.

[3]) Zum Thema des Rechtsschutzes der elektrischen Stromkreise und Betriebsstellen, Berlin 1900, Einleitung.

richtiger Umwandlung der Kraft und zwar derjenigen Kraft oder Kräfte, von denen die wirtschaftliche Bestimmung und Wertschätzung der Sache im Verkehr abhängt".[1]) Im Gegensatz dazu steht das „Gebrauchen", bei dem der Körper keine merkliche Einbusse an seiner Integrität oder seinem wirtschaftlichen Wert erleidet. „Wir benutzen eine Sache, heisst, wir geben den in ihr gebundenen Kräften den Anstoss in der von uns gewünschten Richtung zu wirken".[2])

Ferner kann aber Energie in der Form gegeben sein, dass sie allerdings an einen Körper gefesselt ist, jedoch nicht derart, dass eins das andere bedingt, sondern so, dass der Körper Hülle oder Träger der Energie ist. (Natürlich soll dies keine vollkommene Aufzählung der möglichen Energieformen sein. Wir lassen z. B. die natürlichen, im Raum freien Energieen bei Seite, wie die des Lichts, des Wassers und der Luft). Ein Auslösen dieser Energie bedeutet kein Verbrauchen des Körpers, aus dem die Energie ausgelöst wird. Das Gefäss, aus dem der Dieb das Gas entweichen lässt, das er sich nutzbar machen will, wird nicht verbraucht. Es besteht hier keine unbedingte Beziehung wie bei der Steinkohle. Solange nun die ausgelöste Energie als solche in Form eines körperlichen Objektes auftritt, bieten sich keine Schwierigkeiten. Das Gas ist für die Physik ein Körper, weil es Masse, Gewicht und Volumen hat. Anders aber liegt es, wenn die Naturwissenschaft, wie bei der elektrischen Energie, die Körperlichkeit des Substrats verneint. Die Entwertung einer solchen Energie stellt nicht ein „Verbrauchen" des leitenden oder tragenden Körpers dar, weil von ihm nicht diejenigen Kräfte umgewandelt werden, „von denen die wirtschaftliche Bestimmung und Wertschätzung der Sache im Verkehr abhängt". Das Blei in den Platten eines Akkumulators stellt einen Wert dar nicht wegen der in ihm in Form von chemischer Energie enthaltenen elektrischen Arbeit, sondern z. B. wegen der chemisch wertvollen Eigenschaften, die das Blei an sich besitzt.

Ebensowenig kann hier aber von einem „Gebrauchen" die Rede sein; denn dieses setzt voraus, dass der gebrauchte Körper

---

[1]) Bekker, Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften, Juli—Dezember 1898, Seite 649.

[2]) Bekker a. a. O. Seite 648.

seinen vollen wirtschaftlichen Wert behält. Das ist z. B. bei einem Akkumulator, dem durch leitende Verbindung seine Energie entzogen wird, nicht der Fall.

Vielleicht könnte man einwenden, *Bekkers* Definition des „Verbrauchens“ sei zu eng gefasst. Doch zeigt uns ein Beispiel die Unrichtigkeit dieses Einwands: A. läd die im dritten Stockwerk stehenden Kohlensäcke des B. in einen Fahrstuhl, um durch den herabgleitenden Fahrstuhl auf der anderen Seite eine Last vom Erdboden bis in den dritten Stock zu befördern. Die potentielle Energie, welche die Kohle vermöge ihrer Lage hatte, wird von A. ausgelöst und in mechanische Arbeit umgesetzt. Hat er darum die Steinkohle verbraucht? Ohne Zweifel ist diese Frage zu verneinen: Denn der wirtschaftliche Wert der Steinkohle ist unvermindert; dieser wird dargestellt durch die Energie, welche einen Körper als einen Körper dieser besonderen Art erscheinen lässt.

Aus obigem ergibt sich: Ein Körper wird nicht verbraucht, wenn die Energieen, welchen er als Träger oder Leiter dient, aus ihm ausgelöst werden. Ferner ergibt sich aus dem Begriff des „Wegnehmens“ und dem auf ihm beruhenden Begriff des Gewahrsams, dass eine Anwendung des § 242 R.-Str.-G.-B. auf solche Energieen unmöglich ist, die nicht notwendig an ein körperliches Substrat gebunden sind, die als solche frei auftreten, wie die elektrische Energie und die des Lichts. Denn von Energieen gilt, was *Budde* sagt:[1]) „Alle Energie ist ihrer Natur nach ein Phänomen, und Phänomene sind zwar an Körper gebunden, aber nicht selbst Körper“. Schliesslich stellen wir noch fest, dass eine Verwertung von Energie, im Gegensatz zur Verwertung eines Körpers, immer eine Entwertung derselben mit sich bringt. Leitet A. aus der Druckluftleitung des B. sich die Druckluft zu und führt dasselbe Quantum Luft, nachdem er es in seiner Maschine hat arbeiten lassen, in die Leitung des B. zurück, so hat er die Energie, die die Druckluft in der Leitung des B. besass, verringert. An Energieen gibt es nur einen „Verbrauch“.

---

[1]) **Budde, Energie und Recht, Berlin 1902, Seite 50.**

A. Der Zustand bis zum neuen Gesetz.

Ein kurzer Ueberblick über den Stand unserer Frage bis zum Erlass des neuen Gesetzes kann uns eine annähernde Vorstellung geben, wie zahlreich die Möglichkeiten waren, unter denen die vorliegende Frage in Theorie und Praxis betrachtet werden konnte. Wir gewinnen auf diesem Wege einen Eindruck von der Eigenartigkeit und dem vielgestaltigen Charakter dieses Delikts.

Aktuell wurde die Frage einer Subsumtion der Entziehung elektrischer Arbeit (nennen wir es fortan kurz Elektrizitätsdiebstahl) unter § 242 R.-St.-G.-B., als am 20. Oktober 1896 das Reichsgericht entschied, dass elektrische Energie nichts körperliches wäre, dass aber die Körperlichkeit, „wie der Entwurf des deutschen Strafgesetzbuches anerkenne, ein wesentliches Begriffsmerkmal sei“.[1]) Mit Recht erklärt das Reichsgericht, dass es nichts ausmache für die Frage nach der Körperlichkeit, ob eine Kraft gemessen werden könne oder nicht. Andernfalls müsse man solche ja auch dem Licht zusprechen, dessen Energie man auf die verschiedenste Weise messen kann.

Ausführlicher als diese Entscheidung ist das Urteil desselben Gerichts vom 1. Mai 1899,[2]) das wir genauer betrachten. Der Reichsanwalt hatte eine Plenarentscheidung beantragt über folgende Fragen: 1. Ob die Feststellung der Elektrizität als einer körperlichen Sache tatsächliche Feststellung sei, die damit der Nachprüfung nicht unterliege, oder ob es sich um die Feststellung eines Rechtsbegriffes handle,

---

[1]) Entsch. d. R.-G. in Str. Band 29, Seite 111 ff.

[2]) Entsch. d. R.-G. in Str. Band 32, Seite 165 ff.

gegen die nach § 376 Str.-Pr.-O. Revision möglich sei. 2. Ob die Elektrizität eine „Sache“ im Sinne von § 242 R.-St.-G.-B. sei. Unter Zurückweisung des Sachbegriffs, wie er dem Zivilrecht entnommen werden könnte, gewinnt das Reichsgericht Beweismomente für die Körperlichkeit der „Sache“ im § 242 einmal aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, sodann aus der historisch-strafrechtlichen Entwicklung des Begriffs und schliesslich aus den Tatbestandsmerkmalen des oben erwähnten Paragraphen. Das Wegnehmen sei eine räumlich — körperliche Tätigkeit, die den Bruch des Gewahrsams erfordere, der als solcher ein räumliches Verhältnis des Besitzers zum Objekt darstellt; immer werde für ihn „räumlich-körperliche Herrschaft“ erfordert. Diese sei aber nur an körperlichen Dingen möglich. Somit kommt das Reichsgericht zu einem freisprechenden Urteil, weil die Elektrizität keine „Sache“ sei.

Beachtenswert ist es, dass die Frage des Reichsanwalts, ob die Feststellung der Elektrizität tatsächliche Feststellung sei, oder ob es sich um Anwendung von Rechtsbegriffen auf eine Tatsache handle, unerörtert geblieben ist. Bei Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass die Begriffe der „Sache“ im Strafgesetzbuch, Bürgerlichen Gesetzbuch, im technisch-physikalischen und Verkehrssinne vier verschiedene Dinge sind. So war es also Aufgabe des Richters die Merkmale der „Sache“ im Sinne von § 242 Str.-G.-B. festzustellen und dem Physiker die Frage nach dem Vorhandensein dieser Merkmale bei der Elektrizität vorzulegen. Unmöglich kann für diese Vorfragen ein Laie kompetent sein. Wenn hier die strafrechtlichen Merkmale der Sache abweichend festgestellt worden wären, so hätte es wegen rechtsirrtümlicher Auffassung einen Revisionsgrund gegeben. Gefährlicher aber hätte es gestanden, wenn Sachverständige an verschiedenen Gerichten abweichend geantwortet hätten. Dass das nicht ausgeschlossen war, zeigt die jetzt allerdings unmögliche Antwort des Sachverständigen beim Landgericht Elberfeld: „Die Elektrizität sei etwas Flüssiges“. Zur selben Zeit war die Naturwissenschaft schon anderer Meinung. Wäre aber hier ein Fall der Divergenz eingetreten, so kann man nicht sagen, dass es sich um eine tatsächliche Feststellung gehandelt hätte. Formell betrachtet wäre dies vielleicht richtig. Jedoch ist materiell zu

sagen, dass das wohl nicht der Sinn des § 376 St.-P.-O. sein kann. Tatsächliche Festsellung ist die Feststellung des Tatbestandes, wie der Ausdruck sagt; diese Feststellung geht nur darauf, dass der Angeklagte in dem und dem Falle das und das Objekt sich rechtswidrig zugeeignet hat. Immer handelt es sich um dasselbe Objekt: Elektrizität, das in einem Falle kein anderes ist, wie in dem andern. Es ist nicht mehr tatsächliche Feststellung, wenn das Gericht diesen Tatbestand in juristischer Beziehung würdigt, und das geschieht, wenn der elektrischen Energie die Sachqualität im strafrechtlichen Sinne ab oder zu gesprochen wird. Für die elektrische Energie ist diese Streitfrage erledigt, dagegen ist es nicht ausgeschlossen, dass sie bei anderen Energien, über deren Charakter die Jurisprudenz sich ebensowenig einig wäre, wieder auftaucht, und dann zu einer prinzipiellen Entscheidung herausfordert, die diesmal durch das Reichsgericht nicht gegeben wurde.

Was die Gründe des Reichsgerichts zu seiner ablehnenden Entscheidung anbelangt, so scheint uns am durchschlagendsten das Moment, dass zum Tatbestande von § 242 R.-Str.-G.-B. Gewahrsamsbruch gefordert wird. „Wegnehmen“ kann man nur, was in irgend einem Wirkungsbereich zu einem anderen steht. Das ist bei der elektrischen Energie unmöglich, wie unten zu zeigen sein wird. Bei aller äusseren Aehnlichkeit, z. B. eines Behälters mit komprimiertem Gas mit einem geladenen Akkumulator, ist das grundverschiedene zwischen beiden, dass jemand sich die elektrische Energie nur aneignen kann, wenn sie sich in Bewegung befindet, wenn ein „Strom“ die Leitung durchfliesst. Und ist dies der Fall, so kann nicht von Wegnehmen die Rede sein; vom Strom wird hier nichts weggenommen, sondern es wird nur die Energie verringert durch Benutzung oder Mitbenutzung; aber niemals wird Energie aus ihrem Stromkreise herausgenommen, um ausserhalb des Stromkreises zu wirken.[1]) Es handelt sich vielmehr um „die Veränderung eines Energiezustandes, der durch die Arbeit eines dritten herbeigeführt ist, und dessen Erhaltung für ihn ein wirtschaftliches Interesse bedeutet“.[2]) In

---

[1]) Ebenso Reuling, a. a. O. Seite 9

[2]) Fick, die rechtswidrige Entziehung elektrischer Arbeit und der neue Gesetzentwurf, elektrotechnische Zeitschrift 1900, Heft 11, Seite 230.

welcher Weise dies auch auf die Entwendung elektrischer Energie aus einem Akkumulator Platz greift, wird unten zu zeigen sein.

Begreiflicher Weise verursachten diese beiden Entscheidungen lebhafte Erregung, und das umsomehr, als zwei andere Gerichte Deutschlands[1]) die elektrische Energie als „Sache" im Sinne des obigen Paragraphen angesehen hatten und demgemäss zu einer Verurteilung gelangt waren. Es fanden sich manche, die für die Rechtsprechung des Reichsgerichts eintraten.[2]) Für die meisten von diesen Schriftstellern ist Elektrizität" eine Eigenschaft des von ihr erfüllten Stoffes, aber kein Stoff an sich". (So *Maschke.*)

Als abweichende Meinung, die aber zum selben Resultat gelangt, wie das Reichsgericht, ist diejenige erwähnenswert, die annimmt, es liege straflose Gebrauchsanmassung vor, so z. B. *ten Hompel.*[3]) Wir stellten Eingangs fest, dass es an Energieen nur einen „Verbrauch", nur eine Entwertung gibt, nicht einen Gebrauch bei unbeeinträchtigter Integrität des Objekts. Somit könnte nur Gebrauch der Dynamomaschine und Leitung in Betracht kommen, wogegen aber prinzipiell zu sagen ist, dass einmal das sekundäre bei dem Vergehen mit dieser Konstruktion zu sehr betont wird; denn das primäre ist stets die Entwertung; und ferner, dass bislang der Kriminalist sich den Gebrauch einer Sache hauptsächlich als deren Verwendung als bewegter Körper vorgestellt hat. Hier wird eine Sache dadurch „gebraucht", dass

---

[1]) Das Oberlandesgericht München am 15. 1. und 20. 10. 1899, Goltdammer Archiv f. Strafrecht Band 43, Seite 58 und die Strafkammer in Nürnberg, Juristenzeitung Band 2, Seite 420.

[2]) Hoppe, Juristenzeitung, Band 2 Seite 58, Löbell, Juristenzeitung, Band 2 Seite 36. Freudenthal, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Band 17 Seite 488 ff. und 881 ff. Ledig, Gerichtssaal, Band 54 Seite 144. Maschke, a. a. O. Lehr: An welchen Sachen kann gemeiner Diebstahl begangen werden? Inauguraldissertation Giessen 1894, Seite 5. Kahl in seiner Besprechung des Gesetzentwurfs, Juristenzeitung, Band 5 Seite 29 ff. Bekker a. a. O. Henry Strousberg: Die rechtswidrige Entziehung elektrischen Stromes. Erlangen 1898. Coninx: Ist die rechtswidrige Aneignung fremder Elektrizität nach unseren Strafgesetzen strafbar? Erlangen 1899. Fick a. a. O. Brasack: Die Entwendung von Elektrizität. Erlangen 1898.

[3]) Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtsw., Band 19 Seite 811 ff.

die in ihr ruhenden oder umlaufenden Energiemengen ihr ganz oder teilweise entzogen werden. Als ächte Gebrauchsanmassung lässt sich diese Handlung nicht bezeichnen. So ist auch *von Liszt* in gewisser Weise recht zu geben, wenn er sagt:[1]) „Der Unterschied zwischen Aneignung und Gebrauchsanmassung ist bis zur Unkenntlichkeit verwischt“. Nicht unerwähnt mag hier bleiben, dass der Vertreter der Regierung in der Kommissionsberatung von dem Elektrizitätsdiebstahl als „qualifiziert rechtswidrigem Gebrauch“ gesprochen hat.

Gegenüber dem Reichsgericht vertrat das Münchener Oberlandesgericht in den beiden oben erwähnten Urteilen den entgegengesetzten Standpunkt. Es glaubte eine Begründung finden zu können in der Tatsache, dass die Wirkungen der Elektrizität sinnlich wahrgenommen werden können, woraus die Körperlichkeit der Energie zu schliessen wäre. Auf dieselbe Weise ist auch, wie es scheint, *Weinreich*[2]) zu seiner irrigen Meinung gekommen. Das oben erwähnte Urteil der Strafkammer zu Nürnberg umgeht die Frage der Körperlichkeit ganz, stellt vielmehr ausschliesslich auf die Beherrschbarkeit ab; wie man auf diesem Wege nur zu einem dem Reichsgericht beistimmenden Urteil kommen kann, sahen wir oben.

Dernburg[3]) und *Ostwald*[4]) möchten den Begriff der Körperlichkeit ganz ausgeschaltet sehen, indem sie ausschliesslich die Möglichkeit der Elektrizität Eigentumsobjekt zu sein betonen. Wir werden über diese Möglichkeit unten zu sprechen haben. Uns scheint sie nicht gegeben, so dass auch hieraus die Anwendbarkeit des § 242 nicht gefolgert werden kann. In ähnlicher Weise versuchen auch *Danz*,[5]) *Guttmann*[6]) und *Meili*[7]) der Schwierigkeiten Herr zu werden.

Vornehmlich erwähnenswert ist aber die Meinung von *Blass*, der ausführlich seine Gründe dafür darlegt, warum die räumliche

[1]) Lehrbuch d. Strafrechts, 11. Auflage, Seite 406, 1. 2.

[2]) Archiv f. Strafrecht: Band 45 Seite 11 ff.

[3]) Deutsche Juristenzeitung, Band 1 Seite 473, Band 2 Seite 76.

[4]) Deutsche Juristenzeitung, Band 2 Seite 115.

[5]) Grünhuts Zeitschrift f. d. ges. priv. und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 34 Seite 611.

[6]) Archiv für Strafrecht, Band 45 Seite 84.

[7]) Die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen, Zürich, 1899.

Beherrschbarkeit, Individualität und Abgeschlossenheit bei der elektrischen Energie vorhanden sei.[1] Ausgehend von der Analogie der elektrischen Arbeit zum Gas und Wasser gelangt er zu der Ansicht, dass diese wie jene der räumlichen Beherrschbarkeit unterworfen seien, dass sie ein geben und nehmen gestatten. Einen Beweis für seine Auffassung findet er in erster Linie in der Möglichkeit in einem Akkumulator elektrische Energie aufzuspeichern. Doch ist es ein Irrtum anzunehmen, dass hier eine Aufspeicherung elektrischer Energie stattfände. Vielmehr ist der Vorgang der: Die in die Bleiplatten eines Akkumulators hineingeleitete elektrische Energie verursacht dort eine chemische Veränderung an den Bleiblatten. *Kohlrausch* sagt:[2] „Es wird bei ihm chemische Arbeit gewonnen und elektrische verbraucht". Diese gewonnene chemische Arbeit erscheint bei einer leitenden Verbindung der Bleiplatten als elektrische Energie, so dass eine Rückverwandlung der Arbeit vor sich geht: Von chemischer wieder zu elektrischer Arbeit. Man kann deshalb zutreffend sagen, dass es nicht dieselbe, sondern neu erzeugte elektrische Energie ist, die aus den Bleiplatten hervorzukommen scheint. Sie ist ein Produkt des elektrisch hervorgerufenen, chemischen Spannungszustands.

Wenn nun jemand dadurch Energie entwertet, dass er den chemischen Spannungszustand, der von einem anderen in dessen Akkumulator hervorgerufen wurde, aufhebt, so eignet er sich damit nicht elektrische Energie zu, bringt sie nicht in ein räumliches Verhältnis zu sich; vielmehr führt er erst durch sein Handeln einen Umlauf von Energie herbei: Er schliesst den Stromkreis, elektrische Energie durchläuft denselben. Es ist also der Zustand der Ruhe, der Individualität und Abgeschlossenheit aufgehoben, es ist der Bewegungszustand herbeigeführt, der eines Leiters bedarf. Auf die Frage: Was nahm der Dieb fort, findet man bei *Blass* keine Antwort. Die elektrische Energie? Diese war vor seinem Handeln nicht vorhanden! Die chemische Energie? Diese hat er sich nicht zugeeignet, denn er konnte sie nicht als solche aus den Bleiplatten auslösen, ohne sie zugleich zu vernichten. Somit ist der Versuch von *Blass*

[1] Blass, das Rechtsgut der Elektrizität im Zivil- und Strafrecht Zürich 1898.

[2] a. a. O. Seite 43, siehe dort auch das nähere physikalische zu diesem Punkte.

nicht gelungen aus der Möglichkeit der Energieansammlung die räumliche Beherrschbarkeit zu folgern.

In anderer Weise sucht *E. Kohlrausch*[1]) die vorliegende Frage zu lösen.

Er verneint im entschiedenen Gegensatz zur herrschenden Meinung und dem Reichsgericht das Erfordernis der Körperlichkeit im § 242, stellt vielmehr ausschliesslich ab auf die Möglichkeit, dass elektrische Arbeit „eine fremde Arbeit“ sei, das heisst im Eigentum eines Subjekts stehen könne. Was das erstere anlangt, so scheint uns wie oben bemerkt, die Körperlichkeit eine notwendige Voraussetzung des „Wegnehmens“ zu sein; während wir in Beziehung auf den letzteren Einwand auf das unten ausgeführte verweisen.

Andere suchen dem fühlbaren Mangel abzuhelfen durch Anwendung von § 303 R.-St.-G.-B., so *Baron*[2]) und *Wittko.*[3]) Diese Versuche sind ausreichend von *E. Kohlrausch, Strousberg, Coninx* und *Brasack* widerlegt. Ein prinzipieller Grund kann überhaupt gegen sie angeführt werden: Das Mittel ist nur ein höchst subsidiäres. Die Absicht des Täters geht auf rechtswidrige Bereicherung, seine Bestrafung erfolgt wegen Sachbeschädigung. Zutreffend führt hierzu *Dalcke*[4]) aus: „Wenn jemand vorsätzlich und rechtswidrig ein Loch in die Wand eines fremden Hauses schlägt, so verübt er allerdings eine Sachbeschädigung; wenn er aber das Loch geschlagen hat, resp. benutzt, um zu stehlen, so kann er nicht wegen Sachbeschädigung, sondern muss wegen Diebstahl mittelst Einbruch bestraft werden“. Zustimmend auch *Strousberg.*[5])

Die letzte Möglichkeit einer Bestrafung war die auf Grund von § 263 R.-Str.-G.-B. Es scheint, als wenn bei den Vertretern dieser Ansicht error und ignorantia nicht immer auseinandergehalten wurden, z. B. bei *Stenglein,* der Betrug für einen Teil der möglichen Fälle annimmt.[6]) Ferner auch für einen Teil der Fälle *ten Hompel*, der im übrigen, wie oben erwähnt, Gebrauchsanmassung für vorliegend erachtete. Eine radikale Ansicht

[1]) Das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit und seine Vorgeschichte, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswis., Band 20 Seite 459 ff.

[2]) Deutsche Juristenzeitung, Band 3 Seite 49 ff.

[3]) ebenda Band 3 Seite 73 ff.

[4]) Archiv f. Strafrecht, Band 45 Seite 405. Anm. 13.

[5]) a. a. O. Seite 38 ff.

[6]) Deutsche Juristenzeitung, Band 2 Seite 102 ff.

vertritt aber *Reuling* a. a. O. Er sieht in allen Fällen Betrug, in denen jemand einer fremden Leitung elektrische Energie entzieht, weil der Anschluss an den Maschinisten ein Signal bedeute, dass ein Abnehmer, und zwar ein rechtmässiger, mehr Energie gebraucht. Hierdurch errege der Anschliessende in dem Maschinisten einen Irrtum. Mit einer derart fiktiven Konstruktion dürfte wohl in allen Fällen geholfen werden können, in denen die Annahme des Diebstahls Schwierigkeiten macht. Zudem gewinnt *Reulings* Ansicht noch dadurch an Eigenart, dass er Betrug gemischt mit Erpressung annehmen will. Seine Auffassung wird einstimmig in der Literatur abgelehnt. Prinzipiell können wir zweierlei gegen seine Ansicht sagen: Erstlich ist das, was er als Signal bezeichnet, schon der Beginn des widerrechtlichen Stromentzuges; ferner wäre nach seiner Auffassung ein Betrug nicht möglich, wenn die Regulierung der Kraftmaschine nicht durch einen Maschinisten, sondern in gewissen Grenzen automatisch erfolgt, was häufig bei Gaskraftmaschinen der Fall ist. Eine Maschine kann nicht betrogen werden.

Immerhin zeigt die Möglichkeit solcher Annahmen den eigenartigen Charakter des vorliegenden Delikts.

So, sehen wir, reichte das Gesetz, von wenig Fällen abgesehen, (Betrug begangen durch Veränderungen am Elektrizitätszähler, siehe unten) nicht aus. Es musste ein besonderer Schutz für die elektrische Arbeit geschaffen werden.

— —

Hier sei ein kurzer Ueberblick über die Rechtsprechung und Gesetzgebung anderer Länder eingefügt, der allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.

In Italien entschieden sich die Gerichte für die Möglichkeit des Diebstahls an elektrischer Arbeit.[1])

Ebenso auch in Frankreich das Tribunal correctionell von Troyes am 7. Februar 1893.

„Die Worte des code pénal hätten nichts sakramentales, und wenn es selbst wahr wäre, dass Elektrizität eine res nullius sei, so könnte sie doch zum Gegenstande des Privateigentums durch die darauf verwandte Arbeit gemacht werden und sei dann ent-

[1]) Kassationshof in Rom am 14. 7. 1898, Appelhof von Neapel am 2. 9. 1897, der Prätor von Aquila am 26. 8. 1898 — siehe Juristenzeitung, Band 4 Seite 36, Pfleghart a. a. O. Band 2 Seite 98.

ziehbarer Wertgegenstand" sagte am 12. Mai 1897 das Zuchtpolizeigericht zu Toulouse.[1])

Veranlasst durch die beiden Urteile des Reichsgerichts hat die Bundesregierung in der Schweiz ein „Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen" eingebracht, das im Juni 1902 von der Bundesversammlung durchberaten und angenommen ist. Nach „Artikel 56 bis" wird bestraft, „wer in der Absicht, sich oder anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, einer elektrischen Anlage Kraft entzieht". Die seltsame Mischung der Diebstahls- und Betrugsmerkmale ist bezeichnend für den eigenartigen Charakter des Delikts.

In Oesterreich (Wien) hat ein Strafgericht Betrug angenommen.[2])

In Nordamerika bestehen in mehreren Staaten schon besondere Gesetze für die Elektrizität. Der Staat New-York bedurfte eines solchen nicht, da nach seinem Gesetzbuch als Diebstahl jede Aneigung eines „article of value" bezeichnet wird, wohl die weiteste Fassung des Diebstahlsbegriffes!

Am ehesten vorgeschritten ist England, das schon am 18. August 1882 ein besonderes Gesetz publizierte: Electric Lighting Act mit Zusatz von 1899 Electric Lighting Clauses Act. Dieses Gesetz trifft ebenso wie das schweizerische Bundesgesetz vor allem Bestimmungen für die elektrische Energie als Vertragsobjekt im Privatrecht, dann auch ebenso wie jenes Schutzbestimmungen zur Verhütung von Unfällen durch elektrische Anlagen. Dann heisst es aber in sectio 23: Any person, who maliciously or fraudulenty abstracts, causes to be wasted or diverted, consumes or uses any electricity, shall be guilty of simple larcency and punishable accordingly".

„Wer böswilliger oder betrügerischer Weise Elektrizität entzieht, vergeudet, ableitet, verbraucht oder gebraucht, soll des einfachen Diebstahls schuldig sein und dementsprechend bestraft werden." Diese ganz allgemeine Fassung des Gesetzes mag für englische Gerichte genügen, die deutschen würden mit Recht präzisere Begriffs- und Wortbildung verlangen.

---

[1]) Juristenzeitung, Band 2 Seite 98.

[2]) Juristenzeitung, Band 2 Seite 467.

B. Das Gesetz vom 9. April 1900 und der Schutz durch § 263 R.-Str.-G.-B.

Es gab zwei Möglichkeiten, um zu einem Schutz der elektrischen Energie zu gelangen: Erstlich Zusätze zu §§ 242 und 303 R.-Str.-G.-B., ferner Erlass eines Spezialgesetzes. Die Literatur, die teilweise auf dem Standpunkte gestanden hatte, dass eine authentische Interpretation genügen würde, riet lebhaft zu dem ersten Wege, nachdem ihr Vorschlag auf Interpretation abgelehnt war. Die Regierung war dem zweiten Wege mehr geneigt. In der Begründung des Gesetzes[1]) heisst es in Bezug auf die erste Aenderungsmöglichkeit: „Diesem Vorschlage steht schon die Erwägung entgegen, dass es gerade vom Standpunkte des Strafrechts bedenklich erscheint, die elektrische Energie als körperliche Sache zu behandeln, obwohl sie nach richtiger Auffassung eine solche nicht ist".

Hier war offenbar beim Gesetzgeber eine übertriebene Aengstlichkeit vorhanden; denn die weiterhin in der Begründung angegebenen Gefahren wollen uns nicht zutreffend erscheinen. Man scheute wohl im letzten Grunde davor zurück, den Elektrizitätsdiebstahl zur Unterschlagung, Sachhehlerei und Sachbeschädigung in Beziehung zu bringen. Die Konsequenzen, die sich daraus ergeben würden, schienen der Regierung zu weitgehend. Ferner war es wohl auch das Bedenken, dass ebenso, wie die elektrische Energie, jede andere Energieform (und der Verkehr im täglichen Leben wandelt sich ja jetzt immer mehr zu

[1]) Drucksachen d. Reichstages, 10. Legislaturperiode, 1. Session, 98/00, Band 5 Seite 3721.

solchen um!) Anspruch darauf hätte, als körperliche Sache behandelt zu werden. Auch konnte dies präjudiziell für das B.-G.-B., resp. gegen § 90, wirken. Auf Seiten der Regierung schien man auch mit Aengstlichkeit vor der Stellungnahme zur Gebrauchsanmassung zurückzuscheuen. Es heisst in der Begründung:[1] „Allein die Frage, ob und in wie weit etwa die neuere Entwicklung des wirtschaftlichen Lebens dazu nötigt, den bezeichneten Standpunkt (die Nichtbestrafung des furtum usus) aufzugeben, kann angesichts der Vielseitigkeit der hier zu berücksichtigenden, weit über das in Frage stehende Gebiet hinausreichenden Verhältnisse jedenfalls erst allgemein bei der Revision des Strafgesetzbuchs ihre grundsätzliche Lösung finden". So wählte man also die Form eines Spezialgesetzes. Ueber die Folgen dieser Wahl werden wir unten zu sprechen haben. Der Bundesrat liess dem Reichstag eine Vorlage in zwei Paragraphen zugehen, die folgenden Wortlaut hatten. „§ 1: Wer einer elektrischen Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Arbeit dadurch entzieht, dass er sie in eine Vorrichtung überleitet, die zur ordnungsmässigen Entnahme von elektrischer Arbeit aus der Anlage oder Einrichtung nicht bestimmt ist, wird, wenn er die Handlung in der Absicht begeht, die elektrische Arbeit sich rechtswidrig zuzueignen mit Gefängnis und mit Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Der Versuch ist strafbar.

§ 2. Wird die im § 1 bezeichnete Handlung in der Absicht begangen, einem anderen rechtswidrig Schaden zuzufügen, so ist auf Geldstrafe bis zu 1000 Mark oder auf Gefängnis bis zu zwei Jahren zu erkennen. Der Versuch ist strafbar".

Mit einigen Aenderungen ging schliesslich das Gesetz aus dem Reichstage in folgender Fassung hervor[2]):

§ 1.

„Wer einer elektrischen Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Arbeit mittelst eines Leiters entzieht, der zur ordnungsmässigen Entnahme von Arbeit aus der Anlage oder Einrichtung

[1]) a. a. O. Seite 3.

[2]) am 9. April 1900. R.-G.-B Seite 228. 23. April 1900.

nicht bestimmt ist, wird, wenn er die Handlung in der Absicht begeht, die elektrische Arbeit sich rechtswidrig zuzueignen, mit Gefängnis und mit Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft. Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Der Versuch ist strafbar.

§ 2.

Wird die im § 1 bezeichnete Handlung in der Absicht begangen, einem Anderen rechtswidrig Schaden zuzufügen, so ist auf Geldstrafe bis zu 1000 Mark oder auf Gefängnis bis zu zwei Jahren zu erkennen. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein“.

Das geschützte Rechtsgut.

a. Physikalisch betrachtet.

Wir haben uns Klarheit zu verschaffen, welcher Art das Objekt ist, das durch das neue Gesetz strafrechtlichen Schutz erlangt hat, und zwar zunächst, welche Eigenschaften es besitzt. Auf diese Frage sollte uns die Naturwissenschaft eine Antwort geben können. Doch leider lässt sie uns vollkommen im Stich. Die Frage nach der Wesenheit der Elektrizität ist von Anfang an eine viel umstrittene gewesen, zugleich eine, über die die Anschauungen sehr gewechselt haben und vielleicht noch sehr wechseln werden. An Hypotesen hat es nie gefehlt, die eine Vorstellung von der rätselhaften Energie geben und ihre Erscheinungen erklären sollten. Aber eine Hypotese von derart überzeugender Kraft, dass sie von einer überwiegenden Mehrheit angenommen wäre, ist bislang noch nicht gefunden.

Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens spricht heute noch von einem elektrischen „Strom“ in Anlehnung an flüssige Körper. So verglich auch im Anfang die Naturwissenschaft die elektrische Energie mit etwas flüssigem, versuchte sie auf ein „fluidum“ zurückzuführen. Dieser Hypotese folgte auch das Reichsgericht in einer Entscheidung[1]) vom 10. März 1887. Heute darf diese Anschauung als von der Naturwissenschaft aufgegeben gelten. In der Gegenwart ringen die verschiedensten Hypotesen um

[1]) R.-G. in Ziv., Band 17 Seite 269.

Anerkennung; keine mit entschiedenem Uebergewicht über die anderen. Somit wird der Jurist von der exakten Naturwissenschaft bei der Beantwortung der Frage nach dem Wesen der elektrischen Energie im Stich gelassen, jedoch nicht hilflos. Denn die Untersuchungen und Entdeckungen der letzten Dezennien, vor allem von *Faraday*, *Herz* und *Röntgen*, haben die Feststellung ermöglicht, dass zwischen der Energie des Lichts und der Elektrizität eine grosse Aehnlichkeit besteht. Ohne auf die Hypotesen, die sich an diese Tatsache knüpfen (als solche können wir die Aehnlichkeit bezeichnen), einzugehen, können wir folgendes feststellen: Wenn ein Laie sich eine Vorstellung vom Wesen und Wirken der elektrischen Energie machen will, so kann er mit Recht die Erscheinungen des Lichts zum Vergleich heranziehen. Diese Feststellung bewahrt uns vor irreführenden Vergleichen der elektrischen Erscheinungen mit anderen. Es würde jetzt unmöglich sein, dass ein Sachverständiger, wie dieses einst in Elberfeld vor Gericht geschah, die Elektrizität für „etwas flüssiges“ erklärte. Der Jurist soll sich gewiss nicht in den Streit der Naturforscher mischen oder seinem Urteil Hypotesen derselben zu Grunde legen. Denn bei aller Wahrscheinlichkeit, die die Theorie von der Identität des Lichts und der Elektrizität durch die oben erwähnten Untersuchungen gewonnen hat, dürfen wir nicht vergessen, dass in gewisser Beziehung *Maxwell* auch heute noch Recht hat, wenn er sagt[1]: „While admitting electricity to the rank of a physical quantity, we must not too hastily assume, that it is or is not a form of energy, or that it belongs to any other known category of physical quantities“. Wir legen also nicht obige Theorie unserer Untersuchung zu Grunde, sondern stellen nur fest: Die einzige Vergleichsmöglichkeit, um zu einem Verständnis der Elektrizität zu gelangen, beruht auf der Aehnlichkeit zwischen Licht und Elektrizität.

Es fragt sich nun, in welchen Formen, physikalisch betrachtet, das Rechtsgut der elektrischen Arbeit auftritt. In Anlehnung an das oben erwähnte stellen wir fest, dass die naturwissenschaftliche Anschauung die elektrische Energie als eine Strömungserscheinung auffasst, ebenso wie das Licht. Für die Naturwissenschaft gibt es kein Licht, sondern nur Lichtschwingungen, die sich auf die

[1]) A Treatise on Electricitiy and Magnetism Seite 37.

eine oder andere Weise im Raum fortpflanzen. Aehnlich bei der elektrischen Energie, die nur darin einen Unterschied zeigt, dass sie sich nicht wie das Licht nach allen Seiten vom Erregungspunkt aus mitteilt, sondern sich fortpflanzt unter Benutzung gewisser „Leiter“, das heisst solcher Körper, die die Eigenschaft haben, die ihnen an einem Punkte mitgeteilte elektrische Energie über ihre ganze Oberfläche zu verbreiten. Hierbei ist zu bemerken, dass für die Elektrizität die Leiter hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit verschiedene Werte haben, diejenigen, welche ihrem Verbreiten am wenigsten Widerstand entgegensetzen, werden bevorzugt. Leiter in diesem Sinne ist auch die Luft, allerdings kein sehr guter Leiter. Bei der allseitigen Ausdehnung der Luft pflanzt sich bei ihr die elektrische Energie nach allen Seiten fort, was die Erscheinungen bei der drahtlosen Telegraphie und den *Tessla*schen hochgespannten Strömen verständlich macht. Im Hinblick auf unser Gesetz haben wir es aber in erster Linie mit räumlich begrenzten Leitern zu tun, wie es z. B. und hauptsächlich der Kupferdraht ist. Die Auffassung der Physik geht dahin, dass von dem Erregungspunkt einer Dynamomaschine aus (von dem positiven Pol) die Strömung der Energie durch die Leitung, die Arbeitsmaschienen, Lampen usw. nach dem negativen Pol geht, dem Punkte niedrigster Spannung. Auf diesem Wege wird die elektrische Energie ihrer ursprünglichen Spannung beraubt. Damit verschwindet sie nicht; elektrische Energie ist an sich überall vorhanden im Luftraum, wie auch mehr oder minder nachweisbar in jedem Körper. Sie kann also nicht vernichtet, d. h. zu nichts gemacht werden. Wir haben nur Maschinen, um die elektrische Energie auf eine höhere Spannung zu bringen, sie gewissermassen zusammen zu drücken, um uns eines Bildes zu bedienen, so dass sie infolge der durch den Druck erhöhten Spannung Arbeit zu leisten vermag in mechanischer oder chemischer Form, als Wärme oder Licht. Die elektrische Energie ist aber stets nur als Strömungsenergie vorhanden. Sie kennt keinen Ruhezustand, ebensowenig wie das Licht physikalisch betrachtet. Eine Aufspeicherung von elektrischer Energie gibt es also nicht. Wir sprachen oben schon über den vielfach gemachten Fehler im Hinblick auf den Akkumulator. Tatsächlich leistet hier die in ihn hineingeleitete hoch-

gespannte elektrische Energie chemische Arbeit, die durch die eigenartig präparierten Bleiplatten gleichsam in diese aufgesogen wird. Durch diese Arbeitsleistung wird die elektrische Energie ihrer Spannung beraubt, entwertet. Wer also fremde elektrische Arbeit in seinen Akkumulator leitet, eignet sich ebensowenig eine Sache zu, wie der, welcher die elektrische Arbeit seinen Motor in Bewegung setzen lässt. Elektrische Energie lässt sich nicht aus ihrem Strömungszustande herausnehmen; sie wird vielmehr durch Einschaltung von Verbrauchsstellen in den Stromkreis in ihrer Spannungshöhe verringert; die Energie wird entwertet. Das geschützte Rechtsgut ist also physikalisch betrachtet eine Strömungserscheinung: Die stetig in Bewegung befindliche elektrische Arbeit, die nie als Objekt „weggenommen" werden kann, sondern an der nur Verringerung, Energieentwertung möglich ist.

b. Das Rechtsobjekt im System des Zivilrechts.

Es erhebt sich nun für uns die Frage, welches das Zivilrecht ist, das durch das Gesetz vom 9. April 1900 strafrechtlichen Schutz erlangt hat. Welches Recht hat mit anderen Worten der Produzent an der durch seine Tätigkeit und Mittel gewonnenen Arbeit?

Ehe wir uns dem geltenden Recht zuwenden, haben wir uns auseinanderzusetzen mit einem schon erwähnten Urteil des Reichsgerichts.[1]) In ihm gelangt das Reichsgericht zu dem Resultat, dass Elektrizität Gegenstand des Werklieferungsvertrages im Sinne des preussischen allgemeinen Landrechts (Teil I, Titel II, §§ 869, 925, 918, 987) sein könne. Um dieses Urteil richtig würdigen zu können, müssen wir uns vergegenwärtigen, dass es in Teil 1 Titel 2 § 3 Pr.-A.-L. heisst: „Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann." Auf diese Auffassung des Sachbegriffes fussend, die mit der des § 90 B.-G.-B. nicht übereinstimmt, erklärt das Reichsgericht:[2]) „Hierbei kommt in Betracht, dass der elektrische Strom, wenn er auch nach dem heutigen Stand der Naturwissenschaft eine selbständige

[1]) R.-G. in Ziv., Band 19 Seite 269.
[2]) a. a. O. Seite 272.

körperliche Sache nicht ist, doch in der Vorstellung als eine selbständige körperliche Sache erscheinen kann." Offenbar sollte damit auf den Ausdruck des oben zitierten Paragraphen Bezug genommen werden („nach der Uebereinkunft der Menschen"). Wenn im Verkehrsleben die elektrische Arbeit als eine selbständige körperliche Sache erscheint und vorgestellt wird, so war damit die Sachqualität im Sinne von § 3 Pr.-A.-L. gegeben. Es ist gewiss nicht abzulehnen, dass die elektrische Arbeit derart in Betracht kommt in Handel und Wandel; dass sie deshalb jedoch als „körperliche Sache" erscheine, könnte man kaum sagen. Wie soll überhaupt etwas, das nach dem Stande der Naturwissenschaft nicht körperlich ist, in der Vorstellung als körperlich erscheinen? Sollte dem nicht die Verwechslung der Ursache mit den Wirkungen, der Arbeit mit dem Erfolg der Arbeit zu Grunde liegen? Auf alle Fälle war diese Feststellung garnicht einmal nötig; nach dem Pr.-A.-L. genügt die vorgestellte Selbständigkeit. Hätte der Schwerpunkt nicht auf dieser, sondern auf der konkreten Körperlichkeit geruht, das Reichsgericht wäre kaum so leicht über die schwierige Frage hinweggekommen, was über die Körperlichkeit entscheidet: Die Anschauung der Naturwissenschaft oder die des täglichen Lebens.

Das geltende bürgerliche Recht stellt sich anders zu der vorliegenden Frage. Es kennt ein Eigentum nur an Sachen. Und Sachen sind nach § 90 B.-G.-B. nur „körperliche Gegenstände". Hierzu hatte *Dernburg* (a. a. O.) ausgeführt: Was das Körperliche ausmacht, wissen wir nicht. Also haben wir nicht das Recht zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen zu scheiden. In ähnlichem Sinne hatte sich auch der Chemiker *Ostwald* (a. a. O.) geäussert. Gegen Beide ist zu sagen, dass der Jurist auszugehen hat von der natürlichen Auffassung des Menschen, die als körperlich dasjenige Objekt anspricht, was der Mensch vermöge seiner Sinne als raumeinnehmend und Widerstand entgegensetzend empfindet; das findet seinen physikalischen Ausdruck in der Definition des Körpers als Masse, Gewicht und Volumen. Wenn also Ostwald Körper als „die Komplexe verschiedener Energieen" bezeichnet, so ist unter Zugrundelegung seiner Auffassung zu sagen, dass wir eben nur solche Energiekomplexe als „Sachen" bezeichnen, welche den

obigen Erfordernissen (Masse, Gewichte und Volumen) entsprechen.[1])

Auf anderem Wege suchen *Blass* und *Kohlrausch* die elektrische Arbeit unter den Sachbegriff des B.-G.-B. zu bringen. Beide halten sich zunächst an die Legaldefinition im Corpus juris civilis § 1,2 J. de rebus incorporalibus 2,2: Corporales res sunt, quae sui natura tangi possunt. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt. Hieraus konstruieren beide den Gegensatz, dass körperlich diejenigen Gegenstände seien, die in der Aussenwelt, unkörperlich diejenigen, die nur in der Vorstellung existieren. Dagegen ist aber zu sagen, dass *Gaius* vorsichtig genug in § 2 „qualia" sagt. Er will Rechte nur als Beispiele für unkörperliche Sachen anführen, wenngleich ihm zu seiner Zeit ein anderer unkörperlicher Gegenstand kaum bekannt sein konnte. So ist also durchaus nicht die sinnliche Wahrnehmbarkeit durch das tangi etwas akzidentielles, wie *Kohlrausch* uns versichern möchte, sondern das tangi oder non tangi posse ist und bleibt für den römischen Juristen das Hauptkriterium. So erscheint diese Beweisführung nicht durchschlagend, wie es überhaupt als bedenklich erscheinen muss, die Definitionen des C. i. bei dieser Frage zum Beweis heranzuziehen.

Wie stehen die Kommentatoren und Erklärer des B.-G.-B. zu dieser Frage? Ausführlich Stellung genommen hat man noch nicht zu ihr; wohl aber finden sich verschiedentlich Bemerkungen über die Stellung der elektrischen Energie im System der Rechte des B.-G.-B. *Kohlrausch* möchte vor allem *Planck* für sich in Anspruch nehmen, der sagt:[2]) „Der Ausdruck Sache bezeichnet nur einen körperlichen Gegenstand, das heisst ein Stück der unfreien Natur". Es scheint, dass *Planck* von dem körperlichen mehr absehen will, also nicht eine raumfüllende Materie fordert. Doch möchten wir anderer Meinung sein und vermuten, dass das Wort „Stück" von *Planck* ein wenig unbestimmt gewählt ist. Sehen wir uns also nach anderen Definitionen um: *Stobbe*[3]) „Unter Sachen verstehen wir räumlich abgegrenzte Stücke der unfreien Natur". *Beseler*:[4]) „Unter Sache

---

[1]) Fick ebenso. a. a. O. Seite 230.

[2]) Kommentar zum B. G.-B. 1900, Band 1 § 90 Anm. 2.

[3]) Deutsches Privatrecht, Band 1 Seite 520.

[4]) Deutsches Privatrecht, Band 1 Seite 292.

versteht man einen körperlichen Gegenstand, welcher dazu geeignet ist, der Herrschaft der Menschen unterworfen zu sein und einen Teil seines Vermögens zu bilden". *Regelsberger*:[1]) „Die Sache lässt sich bezeichnen als ein Stück der unfreien Natur, welches vom Recht als selbständiger Gegenstand menschlicher Willkür anerkannt ist". Aehnlich auch *Eneccerus-Lehmann*:[2]) „Unter Sache versteht das B.-G.-B. nur körperliche Gegenstände, genauer Stücke der unfreien Natur, welche als selbständige Objekte anerkannt werden".

Dernburg äussert sich in seinem „Bürgerlichen Recht:[3]) „Wo eine Wirkung besteht, da ist auch ein Ding, von dem sie ausgeht; das nichts, wirkt nichts". Hieraus würde für die elektrische Arbeit folgen, dass der widerrechtlich entziehende Diebstahl an der Leitung und den Maschinen begehen würde, was schlechterdings nicht zugegeben werden kann. Ausserdem könnte dann also nicht der Eigentümer einer elektrischen Lichtanlage, die er an einen anderen vermietete, Diebstahl begehen, wenn er die von dem anderen hergestellte elektrische Arbeit aus der Leitung entzöge. Ein unleidliches Resultat! Ferner ist zu sagen, dass *Dernburg* hier eine physikalische Frage anschneidet, über die die Naturwissenschaft noch nicht das letzte Wort gesprochen hat. Schliesslich nennen wir noch *Endemann*, der in seiner „Einführung in das Studium des B.-G.-B. sagt:[4]) „Nach der somit juristisch legitimierten Auffassung kommt die Eigenschaft der Körperlichkeit nur der raumfüllenden und wägbaren Materie zu". Auf der einen Seite betont man also das körperliche im physikalischen Sinne: Masse, Gewicht und Volumen. Die Aehnlichkeit mit dem tangi posse bei *Gaius* ist hier nicht gering. Auf der anderen stellt man vor allem ab auf die Selbständigkeit als Objekt.

Wie weit dieselbe vorhanden ist, wie weit sie mangelt, sahen wir oben bei Gelegenheit der Ausführungen gegen *Blass*. Von unserem Standpunkte aus müssen wir in allen Fällen der elektrischen Arbeit die Sachqualität im Sinne des B.-G.-B.

---

[1]) Pandekten, Band 1 Seite 365.
[2]) Das bürgerliche Recht, 2. Auflage Band 1 Seite 118.
[3]) Sachenrecht. 1898. Seite 3.
[4]) Band 1, 3/4. Auflage, Seite 226,2.

absprechen. Auch für das naive Naturerkennen des Laien ist nicht zu sagen, dass ihm die elektrische Energie als selbständiges Objekt sich zeigte. Sprach man früher von einem „Strom“, der durch den Draht flösse, und suchte sich so eine Vorstellung zu machen von einer Bewegung, die uns als solche nicht vorstellbar ist, so ist alles dies jetzt hinfällig geworden, seitdem sich zeigte, dass elektrische Energie sich auch fortpflanzen kann (selbst in grösserer Stärke: *Tesslas* hochgespannte Drehströme) durch den Luftraum ohne an einen Draht gebunden zu sein. Hier versagt für den Laien jede Vorstellungsmöglichkeit. Bei solchen Tatsachen kann man nicht von der elektrischen Arbeit als einem selbständigen, individualisierten Objekt sprechen. So wäre es also unmöglich, die elektrische Arbeit unter den Sachbegriff des B.-G.-B. zu bringen? Diese Frage ist von wesentlicher Bedeutung; ist die elektrische Arbeit keine Sache, so ist an ihr auch kein Eigentum im Sinne des B.-G.-B. möglich, so kann man also auch bei dem neuen Gesetz von „fremder“ Arbeit und „Zueignen“ nicht in demselben Sinne sprechen, wie in § 242 R.-Str.-G.-B. *Fick*[1]) sieht in dieser Inkongruenz einen Widerspruch; dem ist recht zu geben; es zeigt sich hier besonders deutlich die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausgleichung des jetzigen Rechtszustandes. Für die Verneinung der obigen Frage spricht das Gesetz vom 9. April 1900, das doch voraussetzt, dass die elektrische Energie keine körperliche Sache ist. Und das ist von wesentlicher Bedeutung, selbst wenn es sich hier um Straf-, dort um Zivilrecht handelt. Sollte die Praxis zu der Frage Stellung zu nehmen haben, so würde eventuell beim Anrufen des Reichsgerichts § 137 Abs. 2 G.-V.-G. zur Anwendung kommen. Das Plenum müsste entscheiden; aber höchst wahrscheinlich würde man in der zuletzt am 1. Mai 1899 eingenommenen Stellung beharren.

Auch die Wissenschaft wird das neue Gesetz als eine Art authentischer Interpretation des § 90 B.-G.-B. annehmen müssen; denn das Gesetz vom 9. April 1900 basiert auf der Voraussetzung, dass elektrische Arbeit kein körperlicher Gegenstand ist: Denn sonst hätte § 242 Anwendung finden können.

Der Begriff des „körperlichen Gegenstandes“ dürfte aber

---

[1]) a. a. O. Seite 229.

sowohl im Zivil- wie im Strafrecht derselbe sein, nämlich ein einheitlicher, physikalischer.

Schliesslich dürfen wir nicht vergessen, dass die elektrische Energie, wenn wir ihr die Sachqualität im Sinne des B.-G.-B. absprechen, damit doch nicht rechtlos wird. Gegen ihre Entziehung schützt der weitgehende § 823; es ist unbestritten, dass der Produzent ein Recht an der von ihm hergestellten elektrischen Energie hat.[1] Zudem ist ja auch die elektrische Energie zu einem besonderen Rechtsgut geworden durch unser Gesetz, würde also unter Absatz 2 des obigen Paragraphen fallen.

Welche Stellung hätte aber die Lieferung elektrischer Arbeit als Vertragsleistung? *Endemann* sagt, a. a. O.: Elektrizität ist also eine Kraft, „die analog der menschlichen Arbeit einen Verkehrswert darstellt und demgemäss unzweifelhaft als Gegenstand der Leistung rechtswirksam fungieren kann“. Noch präziser heisst es bei *Hölder-Schollmeyer*:[2] „Dagegen ist nicht Sache, was keine körperliche Existenz hat, und wenn darüber neuerdings, namentlich bezüglich elektrischer Kraft, gestritten wird, so ist doch unzweifelhaft ein bestimmtes Quantum dieser nie eine bestimmte, Raum einnehmende Sache, wogegen es eine Frage für sich ist, inwieweit für die Lieferung, Aneignung u. s. w. einer solchen dieselben Bestimmungen gelten, wie in Beziehung auf Sachen“. Hiermit werden wir also auf die möglichen Vertragstypen des Obligationenrechts hingewiesen, ausser dem Kauf. Die fortlaufende Tätigkeit des Produzenten könnte zur Annahme eines Dienstvertrages führen. Doch ist dagegen zu sagen, dass Dienste nicht zugeeignet werden können. Vielmehr kann nur das Produkt derselben fortlaufend zugeeignet werden, und dieses Produkt ist verknüpft und abhängig von den Dienstleistungen des Unternehmers. So sprach sich auch der Kassationshof in Rom am 14. Mai 1901 aus: „Nella quale (d. h. bei der elektrischen Arbeit) non è separabile il lavore della produzione“. „Bei der Energie ist die Arbeit von der Produktion nicht zu trennen“.[3] Diese Erwägung führt uns zu der Annahme eines Vertrages auf Herstellung eines bestimmten Erfolges durch Arbeitsleistung, des Werkvertrages. Der

---

[1]) Fischer-Henle, Handausgabe B.-G.-B. 5. Aufl. § 823 Anm. 9.

[2]) Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.-G.-B. Seite 227 7b.

[3]) Zustimmend Pfleghart a. a. O. Band 1 Seite 11.

Erfolg wäre das Vorhandensein elektrischer Energie von gewisser Stärke und Spannung in der Leitung des Abnehmers, wie dieses z. B. auch *Endemann*[1]) vorschlägt. Aehnlich auch *Ludewig.*[2]) In einem gewissen Widerspruch hierzu scheinen die Ausführungen zu stehen, die *Endemann* an anderer Stelle[3]) macht. Dort heisst es: „Nicht der Sachbegriff sondern der Kaufbegriff unterliegt der analogen Ausdehnung. Es bedarf daher keiner Künstelei, um etwa das Eigentumsverschaffungsprinzip anzuwenden, wo es an dem Eigentum ebenso fehlt, wie bei dem Geschäftsgeheimnis und der Arbeitskraft eines Angestellten". Aehnlich auch *Kohler.*[4]) „Es besteht ein Zivilrecht an der Kraft analog dem Zivilrecht an der Sache".

Wahrscheinlich dürfte sich aber dieser Widerspruch dadurch heben lassen, dass nach extensiver Interpretation des § 651 B.-G.-B. auf diese Form des Werkvertrages die Regeln über den Kauf Anwendung finden müssten, was zu entscheiden nicht unser Thema ist. Jedenfalls lässt sich der Vertrag auf Lieferung von elektrischer Arbeit ohne Künstelei als Werkvertrag konstruieren; deshalb ist *E. Kohlrauschs* Polemik[5]) hiergegen unbegründet. Dass dieser Werkvertrag auf Herstellung eines bestimmten, durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolges eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Kauf hat, ist nicht abzustreiten, und diese Tatsache findet ja auch durch § 651 B.-G.-B. ihren besten Ausdruck. Erinnern wir uns auch an 1 12 pr. D. locati conducti 19, 2: Locatio conductio proxima est emtioni venditioni, isdemque iuris regulis consistit. Mitunter wird kaum eine Grenze zu ziehen sein zwischen Kauf und Werkvertrag. Es muss vielmehr entscheiden, ob das Stoffliche oder die Dienstleistung die Hauptsache ist, um einen Vertrag dem Kauf oder Werkvertragstypus zuzuweisen. Im eigentlichen Sinne kann von „Stofflichem" bei dieser Art des Werkvertrages nicht die Rede sein. Ob man zivilrechtlich „Sache" und „Arbeit" analog zu behandeln hätte, ist dabei eine sekundäre Frage. (Wie schliesslich vielleicht doch

[1]) Juristisches Literaturblatt, 15. 1. 1895. Seite 3.

[2]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Band 35 Seite 14 ff.

[3]) Einführung in das B.-G.-B., Band 1 Seite 735, Anm 13.

[4]) Besprechung von Regelsbergers Pandekten, Kritische Vierteljahrsschrift, Neue Folge, Band 17, Seite 519—520.

[5]) a. a. O. Seite 489, Anm. 32.

Dienstvertrag in Frage käme, wollen wir hier unerörtert lassen.) Jedenfalls scheint uns hierdurch nicht der Werkvertrag, wie *Kohlrausch* sagt, „seiner wirtschaftlichen Eigenart entkleidet zu werden“. Hier kann er gerade besondere Bedeutung gewinnen.

Besonders eigenartig ist *Pfleghart*s Subsumtionsversuch. Da für ihn ein Besitz an elektrischer Energie möglich ist, die „relative Selbständigkeit“ hat, so finden[1]) „die für die rechtliche Behandlung der Sachgüter geltenden Normen insoweit analoge Anwendung, als die Natur des Gegenstandes dies verlangt und zulässt“.[2]) „Der Elektrizitätslieferungsvertrag bildet neben der Pacht eine besondere Unterart der Sachmiete im weiteren Sinne“. Nur scheint das schon von *Pfleghart* hervorgehobene Hindernis, dass bei der Miete nur Gebrauch nicht Verbrauch stattfinden darf, so sehr gegen diese Annahme zu sprechen, dass wir uns nicht dieser Konstruktion anschliessen können. Nur für die Uebernahme der elektrischen Beleuchtung einer Gemeinde will er locatio conductio operis annehmen, worin wir ihm nach dem oben gesagten zustimmen können. Aus dem allen ergibt sich aber für uns, dass elektrische Arbeit niemals als Kaufobjekt im bürgerlichen Recht in Betracht kommen kann.

C. Die Verfügungsberechtigung.

Da die Naturwissenschaft der elektrischen Arbeit nicht solche Qualitäten zuspricht, die sie als Gegenstand eines dinglichen Rechts im Sinne des B.-G.-B. erscheinen lassen könnten, so ergibt sich die Tatsache, dass durch das neue Gesetz dem Produzenten, wenigstens diesem in erster Linie, die von ihm geleistete Arbeit strafrechtlich geschützt wird, und zwar geschieht dies dadurch, dass widerrechtliche Verringerung des Arbeitsquantums bestraft wird. Das durch das Gesetz vom 9. April 1900 geschützte Rechtsgut ist also das Recht auf Verwertung der elektrischen Arbeit, das in erster Linie dem Produzenten zusteht, in zweiter Linie demjenigen, dem dieser sein Recht ganz oder zum Teil einräumt. Der Grund des Schutzes liegt in der geleisteten Arbeit, nicht in dem Objekt. Das Objekt, die Elektrizität, war schon vor der Arbeit in derselben Menge vorhanden; sie ist durch die

[1]) a. a. O. Band 1 Seite 90.
[2]) a. a. O. Band 2 Seite 297.

Arbeit nur auf nennswerte Spannung gebracht und hat dadurch Wert erhalten. Wir haben hier also einen Fall, in dem das immaterielle Produkt der Arbeit eines Menschen diesem strafrechtlich geschützt wird. Zustimmend sagt *von Liszt*:[1]) „Dieses neue Rechtsgut unterscheidet sich vom Eigentum wie von den übrigen dinglichen Rechten dadurch, dass es sich nicht auf eine körperliche Sache bezieht, sondern auf die Verwendung aufgesammelter Kraft zur Arbeitsleistung".

„Fremde" Arbeit im Sinne des neuen Gesetzes ist demnach solche Arbeit, über die dem entziehenden die Verfügung nicht zusteht. Also ist die elektrische Arbeit selbständiges Rechtsobjekt geworden, das nicht mehr unbedingt umfasst wird von dem Recht am Träger, der die elektrische Arbeit fortleitet. Die Verletzung dieses Rechtsgegenstandes, das heisst das Zuwiderhandeln gegen das Recht auf Verwertung der elektrischen Arbeit, ist das Delikt, das durch das neue Gesetz unter Strafe gestellt ist.

2. Die Vergehen gegen das Rechtsgut der elektrischen Arbeit.

Wir gelangen nun zu der Besprechung der verschiedenen Tatbestände, die eine Verletzung des Rechtsgutes darstellen. Da unser Thema sich nicht nur auf das Gesetz vom 9. April 1900 beschränkt, so müssen wir auch das Reichsstrafgesetzbuch mit einbeziehen. Wir unterscheiden demnach drei Arten von Vergehen gegen das Rechtsgut der elektrischen Arbeit: Elektrizitätsdiebstahl (§ 1 d. Ges. vom 9. April. 00), Schadenzufügung durch Entziehung elektrischer Arbeit (§ 2 d. Ges.), schliesslich betrügerische Entziehung. (§ 263 R.-Str.-G.-B.)

a. Elektrizitätsdiebstahl.

Bei vielen Aehnlichkeiten dieses Delikts mit dem Diebstahl im R.-Str.-G.-B. und bei der nahen Beziehung, die zwischen der Fassung des § 242 R.-St.-G.-B. und § 1 des neuen Gesetzes besteht, sind doch die Unterschiede streng fest zu halten. Zu dem oben erwähnten kommt bei näherer Betrachtuug folgendes hinzu: § 242 verlangt Bruch eines fremden und Herstellung eigenen Gewahrsams. Dieses Tatbestandsmerkmal kennt § 1 des neuen Gesetzes nicht. Und das ist konsequent. Denn ist elektrische

[1]) a. a. O. Seite 436.

Arbeit keine körperliche Sache, so ist auch kein Gewahrsam, ein räumlich-körperliches Verhältnis, an ihr möglich. Doch wird das Merkmal des Bruchs eines fremden Gewahrsams ersetzt durch das der „Entziehung aus einer elektrischen Anlage oder Einrichtung". Der Entwurf, wie er von der Regierung dem Reichstage zuging, hatte ausserdem noch das Gegenstück zum eigenen Gewahrsam in den Worten: „in eine Vorrichtung übergeleitet, die zur ordnungsmässigen Entnahme nicht bestimmt ist". Diese Formulierung ist aber nachher aufgegeben worden. Vielmehr ist in dem neuen Gesetz an Stelle des „wohin" mit dem gestohlenen Objekt, das „wodurch" ist das Objekt gestohlen worden, getreten: „mittelst eines Leiters".

Der Fortfall des Gewahrsamsbegriffs bewirkt es, dass unter § 1 des neuen Gesetzes die zu Diebstahl und Unterschlagung adaequaten Vergehen fallen. Zwischen ihnen wird also bei der widerrechtlichen Elektrizitätsentziehung kein Unterschied gemacht. Da die Strafe für den Elektrizitätsdiebstahl unlimitierte Gefängnisstrafe ist, so haben wir also das Resultat, dass der Strafrahmen für die Unterschlagung elektrischer Arbeit grösser ist, wie der der gewöhnlichen Unterschlagung (bei jener also bis zu 5, bei dieser bis zu 3, nur ausnahmsweise bis zu 5 Jahren).[1]

Daraus aber, dass der Bruch eines Gewahrsams nicht mehr gefordert werden kann, sowie aus der ganzen Natur des Delikts folgt für uns, dass der Moment der Vollendung besonders bestimmt werden muss, was unten erörtert werden wird.

Die fremde elektrische Arbeit muss „einer elektrischen Anlage oder Einrichtung" entzogen werden. Ueber diese Ausdrücke heisst es in den Motiven (Seite 3): „Die elektrische Arbeit ist entweder in der Form gegeben, dass sie in Akkumulatoren oder sonstigen elektrischen Einrichtungen als Vorrat aufgespeichert erscheint, oder sie wird in elektrischen Anlagen in dem Masse, wie es für den jeweiligen Verbrauch erforderlich erscheint, fortlaufend, und zwar gewöhnlich durch Dynamomaschinen, erzeugt. In keinem Fall besteht sie selbständig."

Bedarf es in § 242 eines fremden Gewahrsams, so wird dies bei unserem Delikt nicht erfordert: Es kann also jemand aus

---

[1]) Ein innerer Grund für diese verschiedenartige Beurteilung ist nicht vorhanden: es wird Sache der erkennenden Gerichte sein, diese Differenz auszugleichen.

der ihm gehörenden Anlage oder Einrichtung elektrische Arbeit stehlen, wenn diese von einem andern hergestellt ist, und dieser ihm nicht das Verfügungsrecht über sein Produkt übertragen hat. Z. B.: Ein Hauseigentümer vermietet seine elektrische Anlage an einen Mieter, der auf eigene Kosten diese in Betrieb setzt. Der Hauseigentümer entzieht heimlich widerrechtlich seiner Leitung fremde elektrische Arbeit.

Die Handlung bei dem Elektrizitätsdiebstahl besteht in einem „Entziehen“ und zwar muss dieses „mittelst eines Leiters“ vor sich gehen. „Elektrische Arbeit aus einer Anlage oder Einrichtung entziehen“ heisst, durch geeignete Vorrichtungen bewirken, dass in der Anlage oder Einrichtung des anderen weniger Arbeit vorhanden ist, als vorher. Das Entziehen ist ein Begriff der physikalisch festgestellt werden müsste, falls er streitig werden sollte. Das Entziehen soll nach dem Wortlaut des Gesetzes „mittelst eines Leiters“ vor sich gehen! Das heisst also, es soll ein stromleitender Körper derart an die Anlage oder Einrichtung des andern angebracht werden, dass elektrische Arbeit durch ihn hindurch dem Täter zugeht. Ein „Leiter“ im Sinn unseres Gesetzes ist jeder Körper, der die Fähigkeit besitzt, die ihm an einem Punkte mitgeteilte elektrische Energie über seine Oberfläche nach allen Seiten hin fortzupflanzen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Gesetzgeber ausschliesslich daran gedacht hat, dass die elektrische Energie als solche, das heisst nicht indirekt, angewandt in irgend einer Bewegungsform, entzogen werden sollte. Das wäre nicht „Elektrizitätsdiebstahl“, sondern vielmehr Gebrauchsanmassung, vor der sich das Gesetz ängstlich verwahrt. Gemeint ist also nur die Entziehung von elektrischer Arbeit als solcher und zwar „mittelst eines Leiters“, weil das das einzige Mittel ist, mit dem elektrische Arbeit entzogen werden kann.

Jede Verringerung der elektrischen Arbeit in anderer Weise könnte nicht durch eine stromleitende Vorrichtung geschehen, da dann nicht elektrische Arbeit als solche, sondern erst eine Anwendung derselben, mechanische Kraft oder ähnliches, würde entzogen oder mitbenutzt werden. Hierdurch soll bewirkt werden, dass der Fall nicht unter das Gesetz subsumiert wird, in welchem jemand z. B. mittelst eines Drahtseils (Leiter im physikalischen Sinne) einen Wagen an eine elektrisch angetriebene Strassenbahn anhängt.

wie dies schon in der Begründung gesagt ist. Man würde zu Widersprüchen kommen, wenn man in dem einen Fall bestrafte, wo es sich um eine elektrisch angetriebene Strassenbahn handelt, während bei einer mechanisch angetriebenen Straflosigkeit eintreten müsste. Man wollte die Bestrafung des furtum usus ausschliessen, also auch des usus der angewandten Elektrizität. Bestraft wird also nur die Entziehung von elektrischer Arbeit als solcher. Dass dies konsequent ist, ist klar; es kann deshalb auch *E. Kohlrausch* nicht Recht gegeben werden, wenn er hierin einen Widerspruch erblickt. Dass immerhin im besonderen diese Fassung nicht zu Härten führen könnte, ist damit nicht behauptet. So ist ein immerhin seltsames, aber nicht zu umgehendes Resultat, dass der straflos bleibt, der das elektrisch angetriebene Automobil eines andern benutzt, während er bestraft wird, wenn er nur die elektrische Arbeit der Akkumulatoren des Automobils sich zueignet.

Als Besonderheit muss es aber bezeichnet werden, wenn in der Begründung (Seite 4) gesagt wird: „Bei elektrischen Strömen von wechselnder Stärke (und das trifft die meisten) kann die Entziehung elektrischer Arbeit mittelst eines zur ordnungsmässigen Entnahme derselben nicht bestimmten Leiters auch in der Weise erfolgen, dass die Arbeit in diesen Leiter durch Induktion, ohne unmittelbare leitende Verbindung übertragen wird". Der Gesetzgeber will also damit auch diejenigen Fälle treffen, in denen die stromleitende Verbindung nicht körperlich an der Leitung angebracht wird. Wir haben diese Erklärung als authentische Interpretation zu respektieren, wenn auch zu sagen ist, dass sie ohne weiteres in § 1 nicht liegt. Selbst eine extensive Interpretation des Wortes „entziehen" würde hierzu kaum gelangen können; es würde nur ein Schädigen der in der primären Leitung umlaufenden elektrischen Energiemengen in Betracht kommen können. Der Fall würde jedenfalls zu Kontroversen geführt haben. Jetzt ist er durch die ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers unter das Gesetz subsumiert.[1])

Durch die Aenderung an der Regierungsvorlage, indem statt „in eine Vorrichtung überleitet" gesagt wurde „mittelst eines

[1]) Ebenso auch Fick, a. a. O. Seite 229.

Leiters entzieht". ist der Umfang des Gesetzes ein wenig erweitert worden. Es kommen jetzt auch unter das Gesetz diejenigen Fälle, in denen eine Verbindung verbotener Weise hergestellt wird mit einer Lampe oder einem anderen Apparat, der allgemein zur ordnungsmässigen Benutzung bestimmt ist. Z. B. ein Diener verbindet die in seinem Zimmer angebrachte Lampe, deren ordnungsmässige Verbindung mit dem Willen der Herrschaft unterbrochen ist, gegen den Willen seiner Herrschaft mit der Leitung. Nach dem ersten Entwurf wäre er straflos geblieben, während dieser Tatbestand jetzt unter das Gesetz fällt, da er sich „eines Leiters" bediente. Auf der anderen Seite ist aber die Zahl der strafbaren Fälle nicht verringert worden, wie man denken könnte, wenn z. B. eine ordnungsmässige Leitung vorhanden ist, deren Enden augenblicklich absichtlich und bestimmungsgemäss frei sind, und es schliesst jemand an diese Enden heimlich seinen Apparat an. Aeusserlich betrachtet könnte es scheinen, als wenn hier Straflosigkeit eintreten müsste, da ja die ordnungsmässige Leitung vorhanden ist. Doch ist zu sagen, dass in diesem Fall die Lampe, Arbeitsmaschine oder, was es sonst sein mag, als Leiter, d. h. als stromleitende Vorrichtung angesehen werden müsste. Also umfasst der Begriff des Leiters nicht nur das, was man im technischen Sinne unter Hin- und Rückleitung versteht, sondern jede Vorrichtung, die an eine elektrischen Anlage angebracht bewirkt, dass eine geschlossene, stromdurchflossene Leitung hergestellt wird. Dieses verkennt *Fick*[1]) in dem von ihm gegebenen Beispiel. Er verwechselt „Leiter" mit „Leitung".

Der Gesetzgeber bemüht sich aber durch Hinzufügung eines weiteren Nebensatzes alle sonst noch denkbaren Fälle von furtum usus auszuschliessen. Der Begriff des „Leiters" wird nämlich ferner eingeschränkt durch die Worte „der zur ordnungsmässigen Entnahme von Arbeit aus der Anlage oder Einrichtung nicht bestimmt ist". Der im Reichstage gemachte Vorschlag[2]) statt „ordnungsmässiger Entnahme" „berechtigte Entnahme" zu sagen, dürfte keine wesentliche Verbesserung enthalten. Man mag über die Bestrafung der Gebrauchsanmassung denken, wie

---

[1]) a. a. O. Seite 229.

[2]) Drucksachen, Band 5 Seite 4321 C.

man will: Hier waltete eine zu grosse Vorsicht ob, die, wie wir gleich sehen werden, zu unbilligen Resultaten führt. *E. Kohlrausch* sagt[1]) in Bezug auf das ordnungsmässig: „Entscheidend ist die abstrakte Eigenschaft eines Leiters zur Entnahme von elektrischer Arbeit bestimmt zu sein". Aehnlich erklärte die Regierung[2]): „Diese Voraussetzung treffe nur zu, wenn die Vorrichtung nach dem Willen desjenigen, der über die in der Anlage vorhandene elektrische Arbeit zu verfügen berechtigt sei, den Zwecken der Anlage zu dienen habe". Hieraus ergibt sich die durchaus unbillige Konsequenz: Gebraucht jemand die elektrische Leitung und Apparate eines andern, so ist er straflos; will er aber die Apparate, z. B. die Beleuchtungskörper, nicht abnutzen und schraubt eigene ein, so wird er strafbar: Denn diese waren zur ordnungsmässigen Entnahme von elektrischer Arbeit aus der Leitung nicht bestimmt. Dass dieses Resultat durchaus nicht dem Rechtsgefühl entspricht, bedarf keines weiteren Wortes. *Kahl* hatte[3]) seiner Zeit versucht, dieses Ergebnis dadurch auszumerzen, dass er „ordnungsmässig" nicht objektiv, sondern subjektiv interpretierte. Er würde also in unserm Fall sagen: Der berechtigte Abnehmer hat während der Zeit, in der er seine Leitung nicht benutzt, dieser die Fähigkeit zur ordnungsmässigen Entnahme entzogen. Wird sie dennoch benutzt, so stellt sie einen ordnungswidrigen Leiter dar. Für ihn ist also die Eigenschaft der Ordnungsmässigkeit eine solche, die einer Leitung in einem Moment entzogen und dann wiedergegeben werden kann. Doch muss gegen diese Auffassung protestiert werden. *von Liszt* bemerkt,[4]) dass die Interpretation dieses Nebensatzes ähnlich zu handhaben wäre, wie die des falschen Schlüssels. Ein Analogon zu *Kahls* Auffassung wäre demnach folgendes: Es verlässt einer sein Haus, das er verschliesst. Er hängt den Schlüssel aussen an eine, wie er meint, nur ihm bekannte Stelle. Ein Dieb, der diese aber kennt, schliesst das Haus mit dem Schlüssel auf. Hat er sich eines „falschen Schlüssels" bedient? Fraglos nein. Nach *Kahls* Auffassung müsste man dieses aber bejahen.

[1]) a. a. O. Seite 501.

[2]) Kommissionsbericht. Anlageband 5, Seite 4033.

[3]) a. a. O. Seite 29 ff.

[4]) a. a. O. Seite 437 2.

Auf diese Art ist das unbillige Ergebnis des Relativsatzes nicht zu entfernen. Kürzlich hat auch das Reichsgericht Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. In der Entscheidung[1]) heisst es: „Die Bestimmung eines Leiters zur ordnungsmässigen Entnahme von elektrischer Arbeit ist eine Eigenschaft des Leiters von gewisser Dauer. Sie kann ihm entzogen und wieder verliehen werden. Sie kann aber nur allgemein bestehen oder allgemein nicht bestehen, nicht jedoch davon abhängig gemacht werden, dass durch ihn Elektrizität zu gunsten einer bestimmten Person, in gewisser Menge, zu festgesetzter Gebrauchsart oder gleichzeitig mit einem anderen Vorgang fortgepflanzt wird. Eine Bestimmung zur ordnungsmässigen Entnahme, welche durch die Art oder den Zweck der Entnahme bedingt wäre, ist unzulässig". Dieses erkennt auch *E. Kohlrausch* an, wenn er sagt:[2]) „Ein Apparat der zur ordnungsmässigen Entnahme, bald bestimmt ist, bald nicht, gehört zu den logischen Unmöglichkeiten". Diese klaren Ausführungen stehen im deutlichen und begründeten Widerspruch zu *Kahls* Versuch.[3]) Es muss also dabei bleiben, dass einer, der unberechtigter Weise die Leitung eines andern benutzt, bestraft wird, wenn er so rücksichtsvoll ist eigene Apparate anzuwenden. Tut er dies aber nicht, so ist er straflos. Wenn er dabei die Leitung oder Apparate des anderen beschädigt, so kann er nach § 303 nur bestraft werden, wenn er diese Beschädigung vorsätzlich herbeigeführt hat, was meistens nicht der Fall sein wird.

Nach dem Wortlaut des neuen Gesetzes ist es nicht erforderlich, dass der Täter den ordnungswidrigen Leiter selbst angelegt hat; dieser kann vorhanden sein, und zwar entweder von einem früheren Delikt, oder ihm ist die Ordnungsmässigkeit dauernd entzogen worden. Ist diese Tatsache aber dem Entziehenden nicht bekannt, so wird Straflosigkeit einzutreten haben nach § 59 R.-St.-G.-B., da er „das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören".

Es fragt sich weiter, wer derjenige ist, der einen Leiter durch seine Bestimmung zu einem ordnungsmässigen

---

[1]) E. R.-G. in Str., Band 35 Seite 313.

[2]) a. a. O. Seite 504.

[3]) Ebenso auch Fick a. a. O. Seite 229.

stempelt? Hier sind zwei Fälle scharf zu unterscheiden. 1. Es findet die Lieferung elektrischer Arbeit von dem Produzenten an einen Abnehmer statt durch einen Zählapparat, der Zeit, Spannung und Stärke der gelieferten Energie registriert, vermöge dessen die kontraktlichen Verpflichtungen des Abnehmers bestimmt werden. In diesem Falle ist bis zu dem Kontrollapparat hin (den Apparat eingeschlossen) der Produzent der bestimmende, darüber hinaus der Abnehmer. Der Kontrollapparat bezeichnet zugleich die Stelle, wo die Gefahr des gelieferten auf den Abnehmer übergeht, z. B. natürlicher Kurzschluss in der Leitung oder Diebstahl. Der Abnehmer wäre hier der Geschädigte. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass der eingegangene Vertrag, wie dies meistens geschieht, anderes bestimmt. Ohne anderweitige Abmachung ist dagegen anzunehmen, dass von dem Kontrollapparat (dieser ausgeschlossen) bis zu den Verbrauchsstellen der Abnehmer derjenige ist, der über die Leitung zu verfügen hat. Diese Bedeutung des Kontrollapparats ergibt sich aus der Analogie des Messapparats bei Wasser- und Gaslieferungen.[1]) Doch hindert das natürlich nicht, dass der Lieferant über den Kontrollapparat hinaus die Disposition über die Apparate, resp. die Leitungen des Konsumenten sich vorbehält, derart, dass dieser z. B. nur Maschinen von bestimmter Art oder Lampen von bestimmter Stärke benutzen darf. Eine Zuwiderhandlung würde hier nicht einer Entziehung elektrischer Arbeit gleichkommen, da diese ja durch den Kontrollapparat gemessen wird; wohl aber kann ev. Betrug in Frage kommen, was quaestio facti ist.[2]) 2. Anders liegt es aber, wenn auf Grund eines Pauschalvertrages elektrische Arbeit geliefert wird. In diesem Fall hat der Abnehmer in seiner Leitung stets elektrische Arbeit zu seiner Verfügung, aber fremde, deren Benutzung rechtmässig ist, soweit sie durch den Vertrag erlaubt ist. Hier dürfte die schroffe Stellungnahme des Reichsgerichts (siehe oben) ein wenig befremdlich erscheinen: „Eine Bestimmung zur ordnungsmässigen Entnahme, welche durch die Art oder den Zweck der Entnahme bedingt wäre, ist unzu-

---

[1]) Siehe Oppenhoff, Obertribunal, Band 3 Seite 389; E. R.-G. in Str., Band 14 Seite 121 ff.

[2]) Siehe hierzu E. Kohlrausch a. a. O. Seite 495.

lässig". Unzulässig ist natürlich nicht der zivilrechtliche Vertrag hierüber; es fragt sich nur, ob die Verletzung eines solchen strafrechtliche Folgen nach sich ziehen würde? Wir können *Rüdorff* nicht beistimmen, wenn er[1]) sagt: „Zur ordnungsmässigen Entnahme bestimmt ist der Leiter, wenn er von dem, der über die Entnahme der elektrischen Arbeit an der betreffenden Stelle und zu der in Betracht kommenden Zeit zu verfügen hat, der Entnahme gewidmet ist". Wenn diese Interpretation des „ordnungsmässig" richtig wäre, würde auch der oben erwähnte Fall, dass jemand die Leitung und Apparate eines andern gebraucht, strafbar sein, während schon in der Kommission von der Regierung anerkannt wurde, dass derartige Fälle straflos bleiben würden.

Wir müssen vielmehr der Ansicht des Reichsgerichts beitreten, dass aus dem Wortlaut des neuen Gesetzes nichts anderes zu interpretieren ist, wie dies, dass die Bestimmung der Ordnungsmässigkeit dem Leiter wohl gegeben oder entzogen werden kann, dass sie jedoch nie quantitativ oder qualitativ bestimmt werden kann. Es wird vielmehr der Satz gelten müssen: Einmal Leiter, ganz Leiter. So trügen also alle derartigen Pauschalverträge eine grosse Gefahr in sich? Dem ist nicht so; denn es ist erstlich zu sagen, dass gegen Eingriffe von Dritten in die Leitung unser Gesetz ja in den meisten Fällen schützen wird; häufiger wird es sich um Vertragsverletzungen des Konsumenten handeln, und gegen diese werden bei gegebenen Voraussetzungen die Vorschriften über Betrug entsprechende Anwendung finden können. (Siehe unten: Betrug.)

Was die subjektive Seite des Delikts anbelangt, so verlangt das neue Gesetz analog zu § 242 Absicht: Das heisst, die Voraussicht des Erfolges muss Beweggrund des Handelns sein. Der gewünschte Erfolg ist natürlich die Arbeit, die die fremde elektrische Arbeit nach ihrer Entziehung leisten soll. Jedoch ist stets daran festzuhalten, dass der Täter sich in einem, wenn auch noch so kurzen Moment elektrische Arbeit als solche aneignet, wenn er sie auch gleich darauf transformiert, „bestimmungsgemäss verbraucht", nämlich in dem Moment und an dem Punkte, an dem er seinen Leiter anschliesst, und

[1]) Anm. zur Ausgabe des R.-Str.-G.-B. von Guttentag. 20. Auflage Seite 138.

seien dies auch nur die Polklemmen seines Motors. Dort war seine Absicht auf die Entziehung elektrischer Arbeit gerichtet, dieser Erfolg ist eingetreten, und weiterhin „eignet“ er sich elektrische Arbeit „rechtswidrig zu“. „Zueignen“. Diesem Ausdruck begegnen wir auch schon in § 242 R.-Str.-G.-B., wo er so viel bedeutet, als die Sache in ein eigentümliches Verhältnis zu sich bringen, sich zum Eigenbesitzer machen. Von unserem Standpunkte aus lassen sich diese Begriffe nicht gleich, sondern nur analog anwenden. Der Ausdruck wurde schon in der Reichstagskommission bemängelt[1], ist aber geblieben. Ebenso polemisiert auch *Pfleghart*[2]) gegen diesen Ausdruck, jedoch nur deshalb, weil er glaubt, „zueignen“ im Spezialgesetz in demselben Sinne nehmen zu müssen, wie im R.-St.-G.-B. „Elektrische Arbeit sich zueignen“ heisst in unserem Sinne, sie in ein Verhältnis zu sich bringen, in welchem man in derselben umfassenden Weise über sie verfügen kann, wie dieses vorher der Berechtigte konnte, also der Lieferant oder vertragsmässige Konsument. Ein Antrag, der von den sozialdemokratischen Mitgliedern in der Kommission gestellt wurde, nur die Zueignung in gewinnsüchtiger Absicht unter Strafe zu stellen (wie im italienischen Strafgesetzbuch beim Diebstahl überhaupt) wurde mit Recht abgelehnt; ein gleiches müsste auch für das R.-Str.-G.-B. gefordert werden. Rechtswidrigkeit muss subjektiv und objektiv gegeben sein. Einerseits kann Selbsthilfe der Entziehung den Charakter der Rechtswidrigkeit nehmen, und andererseits kann vermeintliche Rechtmässigkeit (Irrtum über Tatbestandsmerkmale, § 59) Straflosigkeit bewirken.

Ferner wurde in der zweiten Lesung im Reichstag[3]) angeregt, auch den Elektrizitätsdiebstahl zu Gunsten eines Dritten unter Strafe zu stellen. Aehnlich hatten sich schon vorher *Thomsen* und *Kahl*[4]) ausgesprochen. Letzterer führt dort ein Beispiel aus: Ein Hausherr verleitet einen Techniker, ihm heimlich eine Leitung an das Netz einer fremden Leitung anzulegen, mittelst derer er sich fremde elektrische Arbeit zueignet. Der Hausherr ist als Anstifter, der Techniker nur als Gehilfe strafbar. Es ist zuzugeben,

---

[1]) Vgl. Band 5 Seite 4033.
[2]) a. a. O. Band 2 Seite 190.
[3]) Band 5 der Drucksachen Seite 4321.
[4]) Siehe „Das Recht“ Jahrgang 1899 Seite 96; und Kahl a. a. O.

dass formal das Ergebnis nicht befriedigt. da wir vergeblich fragen. wer denn nun nun der eigentliche Täter ist. Jedoch auch hier lehnte die Regierung eine entsprechende Aenderung ab in gewollter Anpassung an § 242. für den ein gleiches mit Recht zu fordern wäre. Denn dieselbe Situation ist ebenso nach dem Strafrecht beim Diebstahl möglich.

Eine schwierige und kaum allgemein zu entscheidende Frage ist es, wann die Ausführungshandlung des Delikts begonnen ist. Analog dem Gewahrsamsbruch in § 242 müsste man sagen mit dem Beginn der Entziehung: In diesem Augenblick ist anch zugleich das Delikt beendet. Denn in demselben Moment ist auch schon eine geringere Menge von elektrischer Energie in der Leitung, als vorher in ihr vorhanden war. Was aber ist vorher Vorbereitungs-, was Ausführungshandlung? Genau genommen liegt die Ausführungshandlung nur in der Körperbewegung des Täters. die den elektrischen Stromkreis schliesst. in dem die elektrische Arbeit konsumiert werden soll. Dieser Moment ist äusserst kurz. Es wird quaestio facti sein. wann der Richter Ausführungs-, wann Vorbereitungshandlung annehmen wird. Es steht zu hoffen, dass bei der Revision des Strafgesetzbuches die Trennung in Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen fallen wird, die bei dem vorliegenden Delikt. wie bei vielen anderen kaum anwendbar ist. Da absolut für den Moment der Vollendung entscheidet, wann in der fremden Anlage die Energiemenge reduziert ist, so ist es also gleichgiltig. ob der Täter zu dem von ihm gewünschten Erfolg gekommen ist. Z. B.: Er will eine Flüssigkeit elektrolytisch zersetzen. Die erste elektrische Arbeit wird darauf verwendet. den Widerstand der Flüssigkeit zu durchbrechen. ohne schon den Beginn der Zersetzung herbeizuführen. Oder die eingeleitete elektrische Energie vermag gerade nicht diese besondere Art eines Elektromotors zum vollen Laufen zu bringen.

Versuche des bezeichneten Delikts werden selten zur Aburteilung kommen. da meistens ein wenn auch geringes Quantum elektrischer Energie schon zugeeignet sein wird. Denkbar sind uns nur folgende Fälle: An eine Leitung schliesst einer heimlich eine Nebenleitung an. Er hat zur Ausführung des Delikts alles getan, was in seinem Machtbereiche

lag. Mit dem Eintritt des Stromes in die Hauptleitung ist das Delikt vollendet. Wird die Nebenleitung vorher entdeckt und unterbrochen, so liegt fehlgeschlagenes Delikt vor. Hat sich der Täter aber mit der stromführenden Hauptleitung verbunden und einen Ausschalter an seine Nebenleitung angebracht, so liegt die Ausführungshandlung streng genommen nur in der Körperbewegung, die diesen Schalter einschaltet. Die Praxis dürfte geneigt sein, in solchen Fällen den Begriff der Ausführungshandlung weiter zu fassen als gewöhnlich.

Verletzter ist, wie schon oben ausgeführt, wenn ein Zählapparat vorhanden ist, diesseits der Lieferant, jenseits der Abnehmer; ist ein solcher nicht vorhanden, so ist auf der ganzen Strecke der Lieferant der Verletzte.

b. Schadenzufügung durch widerrechtliche Entziehung elektrischer Arbeit.

Wie § 1 des neuen Gesetzes zu § 242 das Korrelat ist, so ist es § 2 desselben zu § 303. Doch liegen in dem Verhältnisse der Sachbeschädigung zur Energieentwertung einige Unterschiede. Objektiv besteht für § 2 derselbe Tatbestand, wie für § 1. Ebenso wie bei diesem dürften bei jenem durch Induktion wirkende Apparate als ordnungswidrige Leiter angesehen werden. Es sind aber bei diesem Delikt Fälle denkbar, in denen sich der Täter keines ordnungswidrigen Leiters bedient und doch seine auf Schädigung des anderen gerichtete Absicht erreicht. Z. B.: Ein Angestellter einer Zentrale schaltet in die Leitung den in der Zentrale befindlichen Widerstand ein, was erheblichen Verbrauch elektrischer Arbeit mit sich bringt. Der Leiter ist kein ordnungswidriger. § 2 ist nicht anwendbar, ebensowenig wie § 303 R.-Str.-G.-B. Oder es bewirkt jemand durch Zusammenbiegen der Drähte Kurzschluss. Das hat zur Folge, dass der Widerstand, den die elektrische Arbeit in der Leitung findet, durch Verkürzung (Verringerung) derselben bedeutend reduziert wird, so dass die überschüssige Arbeit sich in Wärme verwandelt. Hier würde Straflosigkeit eintreten, was schon in der Reichstagskommission moniert wurde. Die Regierung erwiderte[1]: „Eine weiter gehende Vorschrift lässt sich um so leichter entbehren, als mit der

[1]) a. a. O. Seite 3722.

Entziehung elektrischer Arbeit, die in der Absicht erfolgt, einen anderen zu benachteiligen, sehr häufig eine Schädigung der Anlage selbst verbunden sein wird". Diese Beschädigung kann allerdings kaum in dem dazu nötigen Verbiegen der Drähte gefunden werden, wohl aber wird oft die grosse Wärmeentwicklung anderweitigen Schaden mit sich bringen, z. B. Durchschmelzen der Sicherungen, was als solches genügen würde zum Tatbestande von § 303. Sollte der Vorsatz des Täters bei dieser Gelegenheit nur auf die Entwertung der elektrischen Energie gegangen sein, ohne Beschädigung der Leitung, so müsste Straflosigkeit eintreten, falls kein ordnungswidriger Leiter verwandt wurde.

Abzulehnen ist es aber auch nicht, dass Fälle denkbar sind, in denen auf Grund von § 2 des neuen Gesetzes wie auch der Paragraphen des R.-St.-G.-B. vorgegangen werden kann. Eine Idealkonkurrenz ist z. B. in der Weise möglich: Zwei Leitungen werden durch einen kurzen Draht von grossem Querschnitt verbunden: Kurzschluss, der Entwertung elektrischer Arbeit und Schädigung der Leitung bewirkt. Einheit der Handlung und doppelter Erfolg, also Idealkonkurrenz. Es muss sich in unseren Fällen um Energieentwertung handeln, das heisst, die Energie muss der Leitung des andern entzogen und in einer Weise neutralisiert werden, die dem Täter keinen Nutzen bringt. Dass dabei Idealkonkurrenz mit § 1 möglich ist, bringt die Natur des Delikts als Dauerdelikt mit sich. Z. B.: Jemand bringt rechtswidrig eine Lampe an, deren Licht er erst zum Lesen gebraucht. Als er dies nicht mehr nötig hat, zeigt er seine auch auf Schädigung gerichtete Absicht dadurch, dass er die Lampe brennen lässt. Im Uebrigen enthält § 2 des neuen Gesetzes noch sonstige Abweichungen gegen § 303. Während dieser nur Vorsatz, das heisst wissentliche Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale erfordert, verlangt § 2: Absicht rechtswidrig Schaden zuzufügen. Wie der Gesetzgeber hierzu gekommen ist, ist nicht einsichtig. Wahrscheinlich dürfte die Praxis sich helfen, indem sie meistens die Absicht in das vorsätzliche Tun hineininterpretiert. Denn schwer dürfte es für den Angeklagten sein, z. B. Mutwillen nachzuweisen, dem jede Schädigungsabsicht fehlte.

Ein paar Worte über das Verhältnis des neuen Gesetzes zum

Reichsstrafgesetzbuch. Man bedauerte vielfach, dass die Form eines Spezialgesetzes gewählt sei. Die Gründe hierfür sahen wir oben. Es fragt sich nun, ob das Spezialgesetz die Wirkung hat, dass die Bestimmungen über schweren Diebstahl und Rückfall usw. (§ 243—247) keine Anwendung finden. Die Regierung hatte seinerzeit erklärt, dass die Spezialgesetzform bewirke, dass die Bestimmungen über Raub, Unterschlagung, Sachhehlerei und Sachbeschädigung nicht in Beziehung gebracht werden könnten zum Elektrizitätsdiebstahl. Es ist wohl anzunehmen, dass dieses keine vollzählige Aufzählung sein sollte. Somit gibt es also für den Diebstahl an Elektrizität nicht dieselben Qualifikationsgründe wie für den an Sachen. Trotz der schon mehrmals betonten Aehnlichkeit der Abfassung der §§ 1 und 2 des neuen Gesetzes zu § 242 und § 303 vermögen wir nicht zu einer andern Ansicht zu gelangen.[1]) Für diese Ansicht scheint auch zu sprechen, dass der Gesetzgeber in § 1 besonders die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte androht, während sie für den Diebstahl und die Unterschlagung allgemein sich in § 248 findet. Es steht zu hoffen, dass der unausgeglichene Rechtszustand, der hierdurch inauguriert ist, bei der Abfassung eines neuen Strafgesetzbuches aus der Welt geschafft wird. In diesem Punkte zeigt es sich wohl am deutlichsten, dass unser Gesetz nicht für die Dauer bestimmt ist, sondern bei Zeiten eingereiht werden muss in das System der strafbaren Handlungen gegen Vermögensrechte.

c. Betrug.

Hiermit ist aber der Kreis der Delikte, die an dem Rechtsgut der elektrischen Arbeit begangen werden können, nicht erschöpft. Sehr wohl denkbar ist, dass eine rechtswidrige Entziehung elektrischer Arbeit unter Umständen stattfinden kann, die eine Subsumtion unter § 263 R.-Str.-G.-B. ermöglichen. Nicht absolut undenkbar ist es, dass Betrugsfälle ausserhalb eines Vertragsverhältnisses vorkommen werden, wenn dieses auch sehr selten sein wird. Häufig wird Idealkonkurrenz zwischen § 1 des neuen Gesetzes und § 263 in Betracht kommen. In erster Linie werden sich aber Vergehen gegen § 263 bei dem Bestehen

[1]) Ebenso auch Fick a. a. O. Seite 230.

eines Vertragsverhältnisses ereignen, und hier haben wir wieder die beiden Arten des Strombezuges zu scheiden, denjenigen auf Grund eines Pauschalvertrages von dem mit Hilfe eines Messers.

Prinzipiell ist bei ersterer Bezugsart nicht zu unterscheiden, wann Fälle des Betruges vorliegen. Doch muss als Norm gelten: Wenn bei dem Eingehen des Pauschalvertrages oder späterem Kontrollieren der Abnehmer in dem Lieferanten oder dessen Angestellten einen Irrtum erregt durch unrichtige Angabe über die Menge der zu benutzenden elektrischen Arbeit oder über die Art der Anwendung derselben (es wird gewöhnlich ein Preisunterschied gemacht, wenn die elektrische Arbeit für Lichterzeugung oder Motorbetrieb und ähnliche gewerbliche Zwecke verwandt wird, was übrigens auch bei Lieferung unter Anwendung eines Zählers in Betracht kommt) so dürfte hierin eine Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen zu erblicken sein, ebenso wenn er „durch ein auf Täuschung berechnetes aktives Verhalten“ verhindert, dass der andere ganz Einblick nimmt in seinen Betrieb, und er so den kontraktlichen Verpflichtungen zu entgehen sucht, die ihm sonst auferlegt würden. Doch muss in allen diesen Fällen scharf zwischen error und ignorantia unterschieden werden. Dadurch, dass dem Abnehmer bei jeder Kontrolle die Pflicht auferlegt würde, Zahl und Art seiner Maschinen u. s. w. anzugeben, dürfte es möglich sein, solche Fälle von heimlicher Entnahme, die sonst straflos wären, unter den gesetzlichen Tatbestand des Betruges zu bringen. Zu Kontroversen wird es führen, wenn unrichtige Angaben über die Dauer der Benutzung gemacht wurden, oder wenn der vertragsmässige Abnehmer über die abgemachte Stundenzahl hinaus elektrische Arbeit konsumiert. In der Tat wird in solchen Fällen, wenn die Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen nicht vorhanden ist, häufig Straflosigkeit eintreten. Und dieses Resultat ist deshalb nicht sehr bedauerlich, weil es Sache des Abnehmers ist, in Vertragsverhältnissen sich nach Möglichkeit zu schützen, sei es durch Vertragsstrafe oder durch grössere Kontrolle. Letzteres hat er nach dem heutigen Stande der Technik unbegrenzt in der Hand. Traut er einem Konsumenten nicht, so mag er an dessen Leitung einen Elektrizitäszähler anbringen. Dass bei einer Benutzung über die vorgeschriebene Zeit

hinaus der Leiter nicht zu einem rechtswidrigen wird, erhellt aus dem oben ausgeführten. Eine Bestrafung aus § 1 des neuen Gesetzes ist somit in diesen Fällen ausgeschlossen.

Die Vermögensbeschädigung des Betrogenen ist darin zu erblicken, dass er Arbeit leistet und Kosten aufwendet (Kohlenverbrauch usw.), für die ihm der vertragsmässige Ersatz entgeht durch den betrügerisch erregten oder unterhaltenen Irrtum. Die Vermögensbereicherung des Betrügers wird dargestellt durch das, was er kontraktmässig für die heimlich entzogene elektrische Arbeit hätte bezahlen müssen (culpa in non contrahendo). Sollte aber die Vermögensbeschädigung auf Seiten des Betrogenen fehlen, so entfällt damit auch die Möglichkeit der Bestrafung aus § 263.[1]) Aehnliche Fälle sind vor allem in wasserreichen Gegenden denkbar. Dort wird nur die Menge des zufliessenden Wassers reguliert je nach dem gebrauchten oder zu gebrauchenden Quantum elektrischer Arbeit. (Solche Verhältnisse sehr viel in Norwegen, Südwestdeutschland und der Schweiz.) Der Unternehmer wird nicht geschädigt, es sei denn, dass die Abnutzung der Maschinen infolge des rechtswidrigen Mehrverbrauchs bewiesen werden kann. In diesen und ähnlichen Fällen fordert aber auch das natürliche Empfinden nicht so sehr eine Bestrafung: Wer etwas im Ueberfluss hat, kann aus diesem schon, ehe er es nutzlos preisgibt, den andern abgeben, wogegen man wieder anführen kann, dass derartige Eingriffe in die Rechtssphäre eines anderen nicht straflos bleiben dürfen. *Pfleghart* versucht[2]) die Vermögensbeschädigung darin zu erblicken, dass Betriebseinnahmen und Ausgaben sich trotz des Strombezugs gleich blieben, während sie in Wirklichkeit hätten steigen müssen. Er ist im Unrecht. Die Betriebseinnahmen hätten steigen müssen, wenn auch die Ausgaben gestiegen wären, und das ist nicht der Fall.

Die Bestrafung des Betruges setzt nicht voraus, dass der Irrtum gerade in dem zu beschädigenden erregt oder unterhalten wird. Es genügt, wenn die Sachlage derart ist, dass der Getäuschte in der Lage ist, „über das Vermögen des zu beschädigenden zu

---

[1]) vergl. den von **Brasack** a. a. O. Seite 29 gegebenen Fall.

[2]) a. a. O. Band 1 Seite 41.

dessen Nachteil zu verfügen".[1]) Das wird in allen Fällen wie den unsrigen zutreffen, da der den Abnehmer Kontrollierende im allgemeinen ein Angestellter des Lieferanten sein wird oder sonst in einem Verhältnis wie dem oben allgemein bezeichneten zu ihm stehen wird.

Dass Betrugsfälle auch bei dem Vorhandensein eines Elektrizitätsmessers möglich sind, beweist zur Genüge der Fall, der der Reichsgerichtsentscheidung, die wir oben zitierten[2]), zu Grunde lag. Da der Fall sehr instruktiv ist, sei gestattet, ihn hier kurz zu skizzieren: Der Angeklagte bekam elektrische Arbeit geliefert durch vier Leitungen, von denen zwei sogenannte Nullleitungen waren. Alle vier Leitungen waren mit dem Zählapparat verbunden. Wurde aber eine der Nullleitungen von dem Zähler abgeschroben, so hatte das zur Folge, dass elektrische Arbeit durch die anderen Leitungen ebenso wie vorher entnommen werden konnte, nur dass sie den Zähler nicht passierte und in Bewegung setzte. Auf diese Weise hatte sich der Angeklagte zu wiederholten Malen elektrische Arbeit rechtswidrig zugeeignet. Mit Recht lehnt das Reichsgericht die aus § 1 des neuen Gesetzes beantragte Bestrafung ab. Es fehlt hier an einem Leiter, „der zur ordnungsmässigen Entnahme nicht bestimmt ist". Der abgeschrobene Nullleiter kann schwerlich als solcher gerechnet werden; denn durch ihn passiert keine elektrische Energie. Die drei andern können auch nicht als ordnungswidrige Leiter betrachtet werden; denn, sagt das Reichsgericht, „eine Bestimmung zur ordnungsmässigen Entnahme, welche durch die Art oder den Zweck derselben bedingt wäre, ist unzulässig". Die Benutzung der drei andern Drähte soll nicht als ordnungswidrig angesehen werden, wenn der vierte nicht mitbenutzt wird. Ueber die Richtigkeit diesser Auffassung sprachen wir schon oben. Vielmehr findet das Reichsgericht in dem Handeln des Angeklagten die Merkmale des Betruges:[3]) „Er wollte dabei, dass die falschen Zahlen von den Angestellten der Strassenbahn eingesehen und als richtig betrachtet würden". „Hierin konnte die Vorspiegelung dieser Tatsache oder ein

---

[1]) v. Liszt a. a. O. Seite 457.

[2]) E.-R.-G. in Str. Band 35 Seite 312 ff.

[3]) a. a. O. Seite 314.

auf Täuschung berechnetes aktives Verhalten, welches in Verbindung mit dem Verschweigen die Unterdrückung einer wahren Tatsache darstellte, ohne Rechtsirrtum gefunden werden". Dieser Auffassung des höchsten Gerichts muss Recht gegeben werden. Doch zeigt sich zugleich an diesem Fall, wie nahe sich Elektrizitätsdiebstahl und Betrug sein können. Denken wir uns einmal ein Dreileitersystem (d. h. nur eine Nulleitung), so ist eine Ausschaltung des Messers nur dadurch möglich, dass um ihn herum ein Draht gelegt wird. Hier findet § 1 des neuen Gesetzes Anwendung: Der umgehende Draht ist „ein zur ordnungsmässigen Entnahme nicht bestimmter Leiter". Andererseits könnte aber in dem Ausschalten des Zählers Betrug gesehen werden. Es wäre also Idealkonkurrenz möglich? Theoretisch findet diese Frage ihre Begründung darin, dass der Elektrizitäsdiebstahl eben kein reiner „Diebstahl" ist, sondern zahlreiche Merkmale vom Betrug aufweist. Als rein äusserliche Regel wird man aufstellen können: Alle Manipulationen, die am Zähler vorgenommen werden, die auf seine teilweise oder gänzliche Ausschaltung abzielen, dürften unter § 263 fallen. Allemal jedoch, wo der Abnehmer sich „eines zur ordnungsmässigen Entnahme nicht bestimmten Leiters" bedient, wird hierin Diebstahl zu erblicken sein, ev. gemischt mit Betrug. Es sei bemerkt, dass Veränderungen am Zählapparat nicht nur durch teilweise oder gänzliche Ausschaltung bewirkt werden können, sondern auch durch direkte Eingriffe in den Zähler: Veränderungen am Anzeigeapparat u. s. w. Zwischen Betrug und Elektrizitätsdiebstahl wird immer die Frage entscheiden können: Wurde ein ordnungswidriger Leiter angewandt, und diente er zur widerrechtlichen Entnahme von elektrischer Arbeit. Denn dies ist nicht dasselbe. Es sind Fälle denkbar, in denen ein ordnungswidriger Leiter benutzt wird, aber nicht in seiner Funktion zur Fortleitung elektrischer Arbeit, sondern um Veränderungen im Zählapparat hervorzurufen. Dieses würde unter Betrug fallen. Der Richter wird in diesen und ähnlichen Fällen einer Instruktion durch den Techniker bedürfen. Als reinen Diebstahl haben wir aber alle diejenigen Fälle anzusehen, in denen der Entziehende vor dem Zählapparat einen Leiter anlegt, um diesen zu umgehen. Hier dient der Draht zur rechtswidrigen Entziehung elektrischer Arbeit und ist ein ordnungs-

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen. Prof. Dr. **Birkmeyer,** München. Prof. Dr. **van Calker.** Strassburg. Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen. Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn. Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller.** Kiel. Prof. Dr. **Kohler.** Berlin. Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Prof. Dr. **von Lilienthal.** Heidelberg. Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin. Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning.** Jena. Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg Prof. Dr. **Mittermaier.** Giessen. Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg Prof. Dr. **Rosenfeld.** Münster. Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt.** Freiburg. Prof. Dr. **Träger.** Marburg. Prof. Dr. **v. Ullmann,** München. Prof. Dr. **Wachenfeld.** Rostock. Prof. Dr. **Weismann.** Greifswald.

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling.

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 60.

Geteilter, bedingter, unter Vorbehalt gestellter Strafantrag.

Von

Dr. jur. Arthur Eulau,

Rechtsanwalt.

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze

Geteilter, bedingter, unter Vorbehalt gestellter Strafantrag.

Von

Dr. jur. Arthur Eylau,

Rechtsanwalt

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von **Professor Dr. Oetker.**
Würzburg.

Uebersicht.

I. Kapitel.

Geteilter Strafantrag.

II. Kapitel.

Bedingter und unter Vorbehalt gestellter Strafantrag.

Quellenverzeichnis.

St.-G.-B.

§ 61 S. 7, 13, 16, 17, 20—24, 30—35.
§ 63 S. 2, 6, 9, 11 - 16, 21, 22, 25—27, 32.
§ 64 S. 32.
§ 73 S. 19.
§ 195 S. 5.
§ 223 S. 17.
§ 247 S. 9.
§ 289 S. 9.
§ 370 S. 13.

St.-P.-O.

§ 152 S. 26.
§ 153 S. 25.
§ 209 S. 25.
§ 259 S. 25, 26.
§ 415 S. 17 – 20.
§ 423 S. 27.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Uebersicht.

Das Strafgesetzbuch hat durch die Aufnahme von sogenannten Antragsfällen[1]) oder Antragsdelikten der privaten Einwirkung einen grossen Einfluss auf die staatliche Strafrechtspflege eingeräumt. Im Nachstehenden soll nun versucht werden, die Grenzen festzustellen, welche dieser privaten Einwirkung im positiven Strafrecht gezogen sind. Es soll erörtert werden, inwieweit es angeht, eine Teilung des Strafantrags vorzunehmen oder Bedingungen oder Vorbehalte mit dem Strafantrag zu verknüpfen.

---

[1]) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Auflage, Leipzig, 1898, S. 331.

I. Kapitel.

Geteilter Strafantrag.

§ 1.

Das Prinzip der Unteilbarkeit des Strafantrags.

Das St.-G.-B. hat den Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags aufgestellt. § 63 Satz 1: Der Antrag kann nicht geteilt werden.

Dieser Grundsatz bedeutet eine Ausnahme[1])

Man hat die Antragsfälle in zwei Gruppen geschieden[2]). Auf der einen Seite stehen die Rechtsverletzungen, welche nur dann als solche erscheinen und nur dann für die Rechtsordnung von Belang sind, wenn der Verletzte sie als Verletzungen empfindet und, dass er dies tut, durch den Antrag erklärt. Bei der anderen Gruppe von Antragsfällen ist das Interesse des Staates an der Verfolgung von Anfang an gegeben; aber ihm steht das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung schroff gegenüber. Und der Staat verzichtet dem Verletzten zu Liebe auf die Geltendmachung seines Strafanspruchs, solange nicht der Verletzte durch Stellung des Antrags erklärt, dass das bei ihm vom Staat vorausgesetzte Interesse im Einzelfalle nicht besteht.

Beiden Gruppen gemeinsam ist die Rücksichtnahme auf den Willen des Verletzten, ist der Gedanke, dass Verfolgung des Täters nur dann stattfindet, wenn der Verletzte erklärt hat, er wolle die Verfolgung.

---

[1]) Reber, die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts, München, 1873, S. 148.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. und 13. Auflage, Berlin, 1903, S. 197 f.

Der Wille des Verletzten oder des sonst für oder neben dem Verletzten Antragsberechtigten ist für die Verfolgung des Täters konstitutiv.

Eine logische Folgerung aus dem zu Grunde liegenden legislatorischen Gedanken ist, dem Willen des Verletzten in allen Stadien der Verfolgung und für jeden in Betracht kommenden Gesichtspunkt gleichmässigen Einfluss beizumessen. Deshalb wäre gegen eine Teilung des Antrags an sich nichts einzuwenden. Wenn das St.-G.-B. dagegen den Grundsatz der Unteilbarkeit aufstellt, so bedeutet dieser Grundsatz eine Ausnahme.

Diese Ausnahme zu machen war notwendig, um dem anderenfalls schrankenlos wirkenden Willen des Verletzten im Interesse der staatlichen Strafrechtspflege eine Grenze zu ziehen.

§ 2.

Der Begriff der Teilbarkeit des Strafantrags.

Eine Teilung ist begrifflich nur da möglich, wo eine Mehrheit von Einheiten verbunden sich vorfindet; in die einzelnen Einheiten als Teile kann dann die Mehrheit zerlegt werden.

Der Strafantrag ist keine solche Mehrheit. Er ist begrifflich eine Einheit. Eine Teilung desselben ist nicht möglich; er ist begrifflich unteilbar.

Trotzdem wird von einer Teilbarkeit des Strafantrags und im Gegensatz hierzu von einer Unteilbarkeit gesprochen. Diese Begriffe müssen sich demnach auf etwas anderes als den Strafantrag selbst beziehen, offenbar auf etwas, das ausserhalb des einheitlichen Begriffs: Strafantrag liegt. Wenn man von Teilbarkeit oder Unteilbarkeit des Strafantrags spricht, denkt man nicht an diesen Begriff selbst, sondern an seine Beziehungen d. h. an das, worauf er sich bezieht.

Der Strafantrag wird im System des Strafrechts zu fünf anderen Begriffseinheiten in Beziehung gebracht:

1. zum Täter;[1])
2. zur Handlung;
3. zum Strafgesetz;
4. zum Verletzten;
5. zum Rechtsgut.

[1]) ihm gleich der Teilnehmer, s. u. sub. § 6.

Tritt eine dieser Einheiten in einer Mehrheit auf, so ist eine Teilung der Mehrheit in die einzelnen Einheiten möglich. Mit der Teilung der Mehrheit von Einheiten, auf welche sich der Strafantrag bezieht, beschäftigt sich die Lehre von der Unteilbarkeit des Strafantrags.

Richtig ist demnach, was *Berendes,* die Unteilbarkeit des Strafantrags, Gosslar, 1902, S. 5 ausführt: Wenn jemand ohne fremde Mitwirkung durch eine gegen ein einziges Strafgesetz verstossende strafbare Handlung einen Dritten, und nur diesen verletzt, so ist, falls die Handlung nur auf Antrag verfolgt wird, nur ein Antragsrecht gegen eine einzige Person wegen einer einzigen Handlung entstanden, von einer Teilung des Antrages kann daher hier keine Rede sein.

§ 3.

Die Teilbarkeit des Strafantrags in Bezug auf den Verletzten.

Der Umfang der Lehre von der Unteilbarkeit des Strafantrags ist jedoch enger, als man nach dem Gesagten annehmen könnte. Es scheiden nämlich aus ihr zunächst die Fälle aus, in denen bei Einheit der Handlung und Einheit des Rechtsguts oder auch Mehrheit der Rechtsgüter mehrere zur Stellung des Strafantrags befugte Personen vorhanden sind. Für jede dieser Personen wurde durch die eine Handlung ein besonderes Antragsrecht begründet, das ganz allein ihr zusteht, höchstpersönlich ist und mit dem der anderen nichts zu schaffen hat. Die mehreren Verletzten sind nicht etwa Mitbesitzer eines Antragsrechtes, auch besteht nicht etwa ein Antragsrecht mit Mehreren nach Art der correi Berechtigten. Vielmehr bestehen in solchen Fällen immer mehrere selbständige Antragsberechtigungen, aber ganz gleichen Inhalts.[1]) Eine Teilung dieses Antragsrechts findet nicht statt.

Hierher gehören folgende Fälle:

a. Einheit der Handlung und Einheit des Rechtsguts.

α. Konkurrenz des Antragsrechts des Verletzten mit dem eines Mitantragsberechtigten. Beispiel: Dem Ehemann steht das Recht

[1]) Binding, Handbuch des Strafrechts, I Band, Leipzig, 1885, S. 632.

zu, wegen Beleidigung seiner Ehefrau neben dieser auf Bestrafung anzutragen.[1])

Mag nun der Ehemann oder mag die Ehefrau den Antrag stellen, eine Teilung desselben liegt nicht vor.[2]) „Sie deduzieren denselben staatlichen Strafanspruch in judicium Ueber den einheitlichen Strafanspruch wird den mehreren Antragsberechtigten gegenüber nur einheitlich entschieden.“[3])

β. Konkurrenz des Antragsrechtes mehrerer Verletzten. Beispiel: Beschädigung einer im Miteigentum mehrerer Personen stehenden Sache.

Nimmt eine der berechtigten Personen ihre Antragsbefugnis wahr, so macht sie nur ihr eignes Recht geltend und dies im vollen Umfang. Eine Teilung des Antragsrechtes findet wiederum nicht statt.

b. Einheit der Handlung und Mehrheit der Rechtsgüter. Konkurrenz des Antragsrechts mehrerer Verletzten.

α. Gleichartige Idealkonkurrenz. Beispiel: Dieselben Worte beleidigen mehrere Personen. Eine stellt Strafantrag. Der Antrag ist kein geteilter.

β. Ungleichartige Idealkonkurrenz. Beispiel: Ein Wurf beschädigt das Fenster des dem A gehörigen Hauses und verletzt den B körperlich. A stellt Strafantrag, B nicht. Der Antrag des A ist kein geteilter.

Ueber die Frage nach den sonstigen rechtlichen Wirkungen solchermassen gestalteter Strafanträge, abgesehen von der hier behandelten Frage ihrer Gültigkeit, s. u. sub. §§ 10, 11.

§ 4.

Die Teilbarkeit des Strafantrags in Bezug auf die Handlung.

Der Strafantrag kann in Beziehung treten zu einer Mehrheit von Handlungen: eine Person ist durch eine Mehrheit selbstständiger Handlungen verletzt. Hier kann der zufällige Umstand, dass diese Handlungen gegen dieselbe Person gerichtet waren, keinen Einfluss auf ihre strafrechtliche Behandlung ausüben. Das Offizialdelikt

---

1) § 195 St.-G.-B,

2) vergl. Rober S. 150; Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage, Leipzig, 1895, S. 305.

3) Oetker, Besprechung von Bennekes Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Göttingische Gelehrte Anzeigen, Berlin, 1898, S. 629.

wird ohne Rücksichtnahme auf den Willen des Verletzten verfolgt werden. Realkonkurrirende Antragsdelikte bilden ein jedes für sich den Gegenstand krimineller Betrachtung hinsichtlich ihrer Qualität als Antragsdelikte. Jedes begründet ein besonderes Antragsrecht. Macht der Verletzte nur eines dieser Rechte geltend, so berührt dieses das andere Antragsrecht nicht. Von Teilung des Antrags kann hierbei nicht die Rede sein.

Gleicher Ansicht sind:

Oppenhoff, Das St.-G.-B. für das deutsche Reich, 14. Auflage, Berlin, 1901, Bem. 1 zu § 63, S. 185: Die Vorschrift des § 63 bleibt da ausgeschlossen, wo mehrere selbständige Handlungen, sei es von denselben, sei es von verschiedenen Personen, verübt sind, sollten diese Handlungen auch ganz gleichartig sein.

Von Schwarze, Kommentar z. St.-G.-B. für das deutsche Reich, 5. Auflage, Leipzig, 1884, Bem. 1 zu § 63, S. 273: § 63 bezieht sich nicht auf den Fall der realen Konkurrenz mehrerer auf Antrag zu untersuchender Delikte. In diesem Fall ist die Wahl des Verletzten unbeschränkt.

§ 5.

Die Teilbarkeit des Strafantrags in Bezug auf das Strafgesetz.

Teilung des Strafantrags zeigt sich dagegen, wenn dieser zu einer Mehrheit von Strafgesetzen oder von Verletzungen desselben Strafgesetzes in Beziehung tritt.

a. Es wird zunächst angenommen:

Eine Handlung verstösst gegen mehrere (zwei) Strafgesetze; (ungleichartige Idealkonkurrenz).

Es sind zwei Unterfälle zu unterscheiden:

α. Das Strafgesetz 1 ist unbedingt anwendbar, das Strafgesetz 2 nur beim Vorliegen eines Strafantrags.

Es erhebt sich die Frage, ob wegen des Vergehens nach dem Gesetz 1 bestraft werden kann, auch wenn wegen des Vergehens nach dem Gesetz 2 Strafantrag nicht gestellt ist.

Soweit das Prinzip der Unteilbarkeit des Strafantrags hierbei in Betracht kommt, steht dem nichts entgegen. Teilung des Strafantrags liegt nicht vor. Wegen Verstosses gegen das Gesetz 1 ist zur Verfolgung Antrag ja nicht erforderlich. Wegen Verletzung

des Gesetzes 2 wird der Antrag entweder gestellt oder nicht gestellt; ein Drittes, eine Teilung gibt es nicht.

Uebereinstimmend;

R.-G.-E. 32 S. 280: Wenn durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze zugleich verletzt sind, von denen das eine die Strafverfolgung von einem Antrag abhängig macht, das andere nicht, so kann die Tat von Amtswegen und ohne Antrag auf Grund des Strafgesetzes verfolgt werden, das die Verfolgung ohne Antrag zulässt. Das erkennende Gericht hat in solchem Falle den konkurrirenden Gesichtspunkt bei seiner Beurteilung der Tat auszuschliessen.

Rubo, Kommentar über d. St.-G.-B. f. d. D. R., Berlin, 1879, Bem. 16 zu § 61: Wo wegen idealer Konkurrenz eine Handlung zugleich den Tatbestand einer von Amtswegen zu verfolgenden Handlung enthält, fällt bei Ermangelung eines Antrags auf Verfolgung das Antragsvergehen für die Urteilsfällung fort. Der erkennende Richter hat alsdann den Fall der idealen Konkurrenz ebensowenig zu berücksichtigen, als wenn derselbe, wofern auch tatsächlich begründet, dem Richter unbekannt geblieben ist.

β. Beide Strafgesetze (3 und 4) sind nur beim Vorliegen eines Strafantrags anwendbar.

Es kann eine Teilung nach der Richtung eintreten, dass Verfolgung wegen Verletzung des Gesetzes 3 oder wegen Verletzung des Gesetzes 4 beantragt wird.

Das ist der erste Fall einer Teilung des Strafantrags.

b. Es wird weiter angenommen:

Eine Handlung verletzt dasselbe Strafgesetz mehrmals; (gleichartige Idealkonkurrenz).

Hier sind ebenfalls zwei Unterfälle zu unterscheiden:

α. Es ist ein Verletzter vorhanden. Beispiel: Ein Schlag zertrümmert zwei demselben Eigentümer gehörige Gegenstände. Der Antrag geht dahin, den Täter wegen Beschädigung des einen Gegenstandes zu bestrafen.

Das ist der zweite Fall einer Teilung des Strafantrags.

β. Es sind mehrere Verletzte vorhanden. Beispiel: Die zertrümmerten Gegenstände gehören verschiedenen Eigentümern. Der Fall wurde oben § 3 bereits erörtert.

§ 6.

Die Teilbarkeit des Strafantrags in Bezug auf den Täter.

Teilung des Strafantrags kommt auch vor, wenn dieser zu einer Mehrheit von Tätern in Beziehung tritt. (Hier und im folgenden wird immer nur von mehreren Tätern gesprochen. Unter diesem Begriff sind jedoch alle Subjekte der Straftat: Täter, Teilnehmer, usw. zu begreifen.)

Es wird angenommen:

An einer strafbaren Handlung sind mehrere als Täter beteiligt.

Teilung des Strafantrags ist in der Weise denkbar, dass die Bestrafung des einen Beteiligten beantragt, die des oder der anderen Beteiligten nicht beantragt oder ausgeschlossen wird.[1])

Drei Unterfälle sind zu unterscheiden:

a. An dem Delikt sind mehrere dem Verletzten vollkommen fernstehende Personen, „Fremde“, beteiligt; Strafantrag wird nur gegen einen Beteiligten gestellt.

Das ist der dritte Fall einer Teilung des Strafantrags.

b. Im zweiten Unterfall macht sich die Einteilung der Antragsdelikte in absolute und relative Antragsdelikte geltend. Absolutes Antragsdelikt ist ein Delikt dann, wenn seine Verfolgung unter allen Umständen von dem Antrag abhängig ist. Relatives Antragsdelikt ist ein Delikt dann, wenn dies nur beim Obwalten gewisser näherer Beziehungen zwischen dem Täter und dem Verletzten zutrifft.[2]) Diese Personen werden im Nachstehenden im Interesse der Kürze als „Angehörige“ bezeichnet.[3])

α. Von zwei an einem absoluten Antragsdelikt beteiligten Personen ist eine „Angehöriger“ des Verletzten. Strafantrag wird nur gegen den Fremden oder nur gegen den „Angehörigen“ gestellt.

Das ist der vierte Fall einer Teilung des Strafantrags.

β. Von zwei an einem relativen Antragsdelikt beteiligten Personen ist eine „Angehöriger“ des Verletzten. Dieser Umstand macht das Delikt ja zu einem Antragsdelikt.

Es ist nun einerlei, ob Strafantrag gegen den Angehörigen gestellt wird oder nicht, ein Fall der Teilung des Strafantrags kann

---

[1]) Berendes, S. 6.

[2]) Frank. das St.-G.-B. f. d. D. R., 3. und 4. Auflage, Leipzig, 1903, S. 111.

[3]) Binding, S. 638, Anm. 8.

nicht gegeben sein. Die Bestrafung des Fremden ist von der Antragsstellung gegen den Angehörigen völlig unabhängig. Die Strafbarkeit der Tat erwächst nicht aus dem gegen den Angehörigen demnächst gestellten Antrag, sondern mit ihrer Begehung Durch das Nichtvorliegen des zur Verfolgung des Angehörigen notwendigen Strafantrags wird die Strafbarkeit der Tat nicht beseitigt und deshalb ist gegen den Beteiligten, dessen Verfolgung durch das Vorliegen eines Strafantrags nicht bedingt ist, von Amtswegen vorzugehen.[1]) Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags greift dann nicht ein, wenn gegen einen Teilnehmer ein offizielles Strafverfahren geboten ist. Jener Grundsatz ist lediglich dahin zu verstehen, dass im Falle der Beteiligung mehrerer Personen an einer nur auf Antrag strafbaren Tat es nicht von dem Willen des Verletzten abhängen soll, nur eine von den mehreren Personen bestrafen zu lassen, die anderen aber durch die Unterlassung eines gegen sie gerichteten Strafantrags vor der Strafe sicher zu stellen. Um diese Willkür des Verletzten handelt es sich hier aber nicht.[2])

Die Litteratur stimmt meistens mit dieser Meinung überein:

Olshausen, Kommentar z. St.-G.-B., 6. Auflage, Berlin, 1900, Bem. 1 zu § 63: Falls das Verfahren gegen einzelne Beteiligte überhaupt nicht von einem Strafantrag abhängt, ist gegen diese jedenfalls einzuschreiten. mag im übrigen ein Antrag gegen die anderen Teilnehmer gestellt sein oder nicht; auf diesen Fall bezieht sich § 63 nicht.

Oppenhoff, Bem. 4 zu § 63. Der Grundsatz des § 63 bleibt bei relativen Antragsdelikten ausser Anwendung. Der Mangel des Antrags schliesst hier die Verfolgung der ausserhalb des betr. Verhältnisses zum Verletzten befindlichen Beteiligten nicht aus; das in dieser Hinsicht in den §§ 247, 289 ausdrücklich Ausgesprochene gilt nicht bloss für die dort erwähnten Fälle, sondern allgemein.

v. Schwarze, Bem. 5 zu § 63: Teilnehmer, deren Bestrafung nicht von dem Antrag des Verletzten abhängig ist, sind zur Untersuchung zu ziehen, gleichviel ob gegen die übrigen der Antrag gestellt ist oder nicht.

---

[1]) R.-G.-E. B. 5, S. 275.

[2]) R.-G.-E. B. 25, S. 176.

v. Liszt, S. 200: In diesen Fällen hat die Stellung des Antrages eben nur denjenigen Beteiligten gegenüber rechtliche Bedeutung, denen gegenüber die Handlung zum Antragsvergehen gemacht ist.

Berendes, S. 25: In der Schaffung der relativen Antragsdelikte kann eine Durchbrechung der Unteilbarkeit des Antrags keineswegs erblickt werden.

Eine Ausnahme von dem Prinzip der Unteilbarkeit soll dagegen dieser Fall nach *Fuchs,* Anklage und Antragsdelikte, Breslau, 1873, S. 180 sein.

Vgl. endlich *Binding,* S. 638, der in diesem Falle eine Ausnahme vom Satze der Unteilbarkeit aller aus einem Verbrechen entspringenden Klagen bezüglich ihrer Bedingung durch den Strafantrag erblickt.

c. α. An einem absoluten Antragsdelikt sind mehrere Angehörige des Verletzten beteiligt. Der Antrag wird nur gegen einen der Beteiligten gerichtet

Dies ist der fünfte Fall einer Teilung des Strafantrags.

β. An einem relativen Antragsdelikt sind mehrere Angehörige des Verletzten (allein oder neben einem oder mehreren Fremden) beteiligt. Der Antrag wird nur gegen einen Angehörigen gerichtet.

Dies ist der sechste Fall einer Teilung des Strafantrags

§ 7.

Die Teilbarkeit des Strafantrags in Bezug auf das Rechtsgut.

Der Strafantrag kann endlich in Beziehung treten zu einem Rechtsgut oder zu einer Mehrheit von Rechtsgütern.

a. Träger des einen Rechtsgut ist eine Person. Es wird z. B. eine einem Eigentümer gehörige Sache beschädigt. Teilung des Antrags ist nicht möglich.

b. Träger des einen Rechtsguts sind mehrere Personen. Es wird z. B. eine im Miteigentum mehrerer Personen stehende Sache beschädigt. Ein Miteigentümer stellt Strafantrag. Teilung desselben liegt nicht vor. Der Fall wurde bereits oben (§ 3) erörtert.

c. Träger mehrerer Rechtsgüter ist eine Person.

Es werden zwei einem Eigentümer gehörige Gegenstände beschädigt. Der Antrag beschränkt sich darauf, die Bestrafung wegen Beschädigung der einen Sache herbeizuführen.

Oder: ein Schlag zertrümmert eine Uhr und verletzt deren

Eigentümer körperlich. Der Antrag wird nur wegen Sachbeschädigung gestellt.

Hier ist Teilung des Strafantrags vorhanden. Diese Fälle sind indes keine neuen. Sie sind identisch entweder mit dem ersten Fall oder mit dem zweiten Fall einer Teilung des Strafantrags.

§ 8.

Erklärung des § 63 St.-G.-B.'s.

Nachdem so die Möglichkeitsfälle einer Teilung des Strafantrags festgestellt sind, wird ersichtlich, was unter dem Prinzip der Unteilbarkeit des Strafantrags zu verstehen ist.

Wo begrifflich eine Teilung des Strafantrags vorgenommen werden kann, soll diese ausgeschlossen sein.

Das ist der Sinn der Vorschrift des § 63 Satz 1: Der Strafantrag kann nicht geteilt werden.

Ein Antrag, der dem Grundsatz der Unteilbarkeit bewusst und ausdrücklich widerspricht, ist ein ungenügender, ein ungültiger Antrag. Er hat nicht die Fähigkeit, eine Strafverfolgung zu bewirken. Er darf von der Staatsanwaltschaft nicht beachtet werden. Die Gerichte dürfen ihn nicht zur Grundlage eines verurteilenden Erkenntnisses machen.

Zum Teil richtig, zum andern Teil aber unrichtig ist es deshalb, wenn *Rüdorff*, St.-G.-B., 4. Aufl., Berlin, 1892, Bem. 1 zu § 63 lehrt: Sollte nur die Bestrafung des einen und ausdrücklich die Nichtbestrafung des anderen verlangt werden, so würde dieses als ein überhaupt ungenügender Antrag erscheinen, wenn aus dem Antrag hervorgeht, dass derselbe als überhaupt nicht gestellt gelten solle, wenn auch gegen den eingeschritten werden müsste, gegen welchen der Antragsteller eine Strafverfolgung nicht will.

Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, dass der Antrag nur unter der von *Rüdorff* gemachten Voraussetzung als ungenügend zu betrachten sei. Der Antrag ist ungenügend, weil der Anstragsteller eine ausdrückliche Teilung vorgenommen hat.

Diese Ausführungen gelten für alle Fälle, in denen Teilung des Strafantrags festgestellt wurde.

Man wird entgegnen, dass dieser Behauptung § 63 Satz 2 widerspreche. Wenigstens insoweit es sich um eine Mehrheit von Tätern handele. Die Einwendung ist hinfällig.

§ 63 Satz 2 hat weder den Zweck, den Grundsatz der Unteilbarkeit zu spezialisieren wie *Frank*, S. 100, meint, noch den Zweck, eine Erweiterung des Antrags über den Willen des Antragstellers hinaus herbeizuführen, wie *Reber*, S. 439, annimmt. § 63 Satz 2 hat lediglich den Charakter einer Auslegungsregel, die dann eingreift, wenn es unklar ist, ob der Wille des Antragstellers auf Teilung des Antrags geht. Es ist doch das Natürliche, die Ungültigkeit einer Willenserklärung anzunehmen, die bewusst gegen ein gesetzliches Verbot verstösst. Unnatürlich dagegen ist es, die Willenserklärung entgegen dem erklärten Willen zu erweitern. Zweckmässig mag es hinwieder sein, eine Willenserklärung, welche unbewusst gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, so zu interpretieren, wie sie nach dem Gesetz bestehen kann.

Und diesen Zweck hat § 63 Satz 2 in den Fällen zu erfüllen, in denen ein gestellter Antrag unbewusst gegen das Prinzip der Unteilbarkeit des Strafantrags verstösst. Näher: in den Fällen, in denen der unbewusst geteilte Strafantrag sich auf eine Mehrheit von Tätern bezieht. Denn dann, wenn der unbewusst geteilte Strafantrag sich auf eine andere Mehrheit bezieht, tritt das Prinzip der Unteilbarkeit gemäss § 63 Satz 1 wieder voll in seine Rechte ein. Der Antrag, der bewusst oder unbewusst eine Teilung in Beziehung auf eine Mehrheit von Strafgesetzen oder von Verletzungen desselben Strafgesetzes oder auf eine Mehrheit von Rechtsgütern in sich enthält, ist ein ungenügender, ein ungültiger Antrag.

Für den Fall unbewusster Teilung fehlt eben für diese Fälle eine dem § 63 Satz 2 entsprechende Auslegungsregel.

Die Auffassung, dass § 63 Satz 2 lediglich den Charakter einer Auslegungsregel habe, ist in der Litteratur bislang nur angedeutet:

Köhler, die Lehre vom Strafantrag, Breslau, 1899, S. 122: Gemäss § 63 besteht eine Vermutung dafür, dass die Antragsstellung gegen eine bestimmte Person nicht so aufzufassen ist, als werde der Antrag bloss unter der Bedingung gestellt, dass ausschliesslich die genannte Person zur Verfolgung komme.

Berendes, S. 33: Das Gesetz nimmt an, dass der Antragsteller, da die Verfolgung des einen Beteiligten nur bei gleichzeitiger Verfolgung aller übrigen statthaft ist, auch dies letztere wolle oder wenigstens mit in den Kauf nehme.

§ 9.

Das Ergebnis.

Diese Auffassung des Unteilbarkeitsprinzips und des § 63 Satz 2 führt in den festgestellten Fällen der Teilung des Strafantrags zu folgenden Antworten auf die Frage nach der Gültigkeit des geteilten Strafantrags.

Zunächst werde der Fall, der oben als erster Fall der Teilung bezeichnet wurde, betrachtet.

Es liegt (ungleichartige) Idealkonkurrenz zweier Antragsdelikte vor, z. B. von Sachbeschädigung und Mundraub.[1]) Der Antrag geht dahin: den Täter wegen Mundraubs, nicht jedoch wegen Sachbeschädigung zu bestrafen.

Der Antrag ist ungültig, weil der Antragsteller entgegen § 63 Satz 1 Teilung desselben vorgenommen hat, und zwar eine bewusste Teilung. Er will ausdrücklich etwas, was nach dem Gesetz unzulässig ist

Aber auch wenn der Antragsteller unbewusst eine Teilung vornimmt, ist der Antrag ungültig. Ungültig ist bei obigem Tatbestand der Antrag: Ich beantrage Bestrafung des Täters wegen Mundraubs.

Andere Ansichten:

Nach *Binding*, S. 635, 636 kann Bestrafung erfolgen, aber nur wegen Mundraubs. Der Verletzte habe nur das eine Delikt zum Fundament seines Antrags gemacht, und deshalb fehle die Möglichkeit der Anklage wegen des anderen Delikts.

Ebenso *Benneke-Beling*, Lehrbuch d. D. Reichsstrafprozessrechts, Breslau 1900, S. 230.

In Anlehnung an R.-G.-E. Bd. 32, S. 281 lehrt *Oppenhoff*, Bem. 1 zu § 63 und Bem. 17 zu § 61: Jener Antrag genüge, um die Verfolgung auch wegen Sachbeschädigung statthaft zu machen. Es sei die Verfolgung der Handlung beantragt und es sei für die Statthaftigkeit der Verfolgung gleichgültig, ob und wie der Verletzte diese Handlung rechtlich qualifiziert habe.

Demgegenüber sei geltend gemacht:

a. In dem Antrag, den Täter wegen Mundraubs zu bestrafen, liegt doch wohl mehr als eine rechtliche Qualifizierung der Handlung.

---

[1]) Entgegen Olshausen, § 370 N. 5 sub. i, wird die Möglichkeit solcher Idealkonkurrenz angenommen.

Der Verletzte kann ein intensives Interesse daran haben, dass der Täter nicht wegen Sachbeschädigung verurteilt werde, etwa weil diese ein Vergehen ist, mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft werden kann, der Antrag auch nur, wenn die Sachbeschädigung gegen einen Angehörigen verübt wurde, zurückgenommen werden kann. Mundraub dagegen ist Uebertretung, es treten die Uebertretungsstrafen ein, die Zurücknahme des Antrages ist unbedingt zulässig. Der Fall liegt anders als da, wo der Antrag von Unterschlagung spricht, während de facto ein Diebstahl begangen wurde. Hier wirklich eine falsche rechtliche Qualifizierung der Handlung, dort dagegen eine Teilung des Strafantrags in Bezug auf eine Mehrheit ideell konkurrierender Strafgesetze.

b. Auch wenn mehrere Täter an einer Handlung beteiligt sind, wird doch die Verfolgung der Handlung beantragt. Wenn die vom Reichsgericht und von *Oppenhoff* vertretene Ansicht zuträfe, so würde der Antrag: die Handlung zu verfolgen, von selbst die Verfolgung aller Täter bewirken. Trotzdem findet es das Gesetz notwendig, dies in § 63 Satz 2 auszusprechen.

Nach *Berendes*, S. 6, soll der Beschränkung des Antrags auf einen einzelnen in einer Handlung enthaltenen Deliktstatbestand nichts im Wege stehen, da das St.-G.-B. nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt habe. *Berendes* übersieht, dass § 63 Satz 1, richtig aufgefasst, das von ihm vermisste Gegenteil enthält.

Es sei weiter der zweite Fall der Teilung des Strafantrags betrachtet. Beispiel: Ein Schlag zertrümmert zwei demselben Eigentümer gehörige Gegenstände. Der Antrag geht auf Bestrafung wegen Beschädigung eines der Gegenstände.

Der Antrag ist ungültig, sowohl wenn die Teilung bewusst, als auch wenn sie unbewusst vorgenommen wurde. Das zum ersten Teilungsfall Ausgeführte gilt auch hier.

Es sei weiterhin der dritte Teilungsfall ins Auge gefasst: eine Handlung, mehrere Täter, „Fremde," A. und B. Antrag: A soll bestraft werden, nicht aber B.

Der Antrag ist ungültig.

Vierter Teilungsfall: eine Handlung, zwei Täter, ein „Angehöriger", ein „Fremder", absolutes Antragsdelikt. Antrag: Bestrafung des Fremden, jedoch nicht des Angehörigen.

Der Antrag ist ungültig.

Die gleiche Entscheidung ist im fünften Teilungsfall zu treffen: Beteiligung mehrerer Angehörigen an einem absoluten Antragsdelikt.

Und auch beim sechsten Teilungsfall: wenn an einem relativen Antragsdelikte mehrere Angehörige beteiligt sind, ergibt sich das gleiche Resultat.

Doch sei wiederholt, dass in den Teilungsfällen drei bis sechs die Ungültigkeit des Antrags nur dann eintritt, wenn bei Stellung desselben eine ausdrückliche Beschränkung auf einen Beteiligten vorgenommen wurde. Ist dagegen die Teilung des Antrags eine nicht ausdrückliche, unbewusste, so findet gemäss der Interpretationsregel des § 63 Satz 2 die Verfolgung aller Teilnehmer statt.

Uebereinstimmend: *Benneke-Beling*, S. 230: ein Strafantrag in dem Sinne, dass einige der Beteiligten verfolgt werden sollen, andere nicht, ist in sich widerspruchsvoll und daher pro non scripto zu behandeln.

§ 10.

Konkurrenz von Antragsrechten.

Eine besondere Betrachtung ist den Fällen zu widmen, in denen das Antragsrecht mehrerer Verletzten miteinander konkurrirt. Dass hier Teilung des Antrags nicht stattfinden kann und der Antrag gültig ist, wurde oben ausgeführt.

Folgende Unterscheidungen wurden gemacht:

a. Einheit der Handlung, Einheit des verletzten Rechtsguts, Mitverletzte. Beispiel: eine im Miteigentum von zwei Personen stehende Sache wird beschädigt.

Wenn einer der Mitverletzten Strafantrag stellt, der Andere nicht, so erhebt sich die Frage, ob auf Grund des gestellten Antrags der Täter wegen Beschädigung der ganzen Sache zu bestrafen ist, oder nur insoweit der Antragsteller durch die Tat verletzt wird.

Herzog, Ueber den Umfang der Antragsberechtigung in Fällen von Miteigentum und Miterbrecht, Gerichtssaal, 1874, S. 203 ff. und *Merkel* in *Holzendorffs* Handbuch des Strafrechs, Bd. 4,

S. 415, 416 vertreten die Ansicht: der Angeklagte müsse so angesehen werden, als habe er nur die dem Antragsteller gebührende Werthälfte beschädigt.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Zwar kann der Antragsteller nur begehren, dass der Täter bestraft werde, weil er das ihm gehörende Rechtsgut verletzt habe. Ueber das seinem Miteigentümer zustehende Antragsrecht kann er nicht disponiren. Dagegen steht ihm über das gemeinschaftliche Rechtsgut Dispositionsbefugnis im Sinne des Strafrechts zu. Das Rechtsgut ist ein einheitlicher Begriff. Der Begriff ist nicht teilbar. Es gibt keine halben Rechtsgüter.

Uebereinstimmend: *Binding*, S. 631, *Olshausen*, Bem. 58 zu § 61, *v. Bar*, Ueber die rechtliche Natur des Strafantrags bei den sogenannten Antragsdelikten, *Goltdammers* Archiv, Bd. 19, S. 648, Anm. 6.

b. Einheit der Handlung, Mehrheit von Rechtsgütern, Mehrheit von Verletzten.

Gemäss den beiden Arten von Idealkonkurrenz sind zwei Unterfälle festzustellen:

α. Die verletzten Rechtsgüter sind gleichartig: es ist das Rechtsgut Ehre mehrfach verletzt.

β. Die verletzten Rechtsgüter sind ungleichartig: es sind das Rechtsgut der Körperintegrität und das Rechtsgut Eigentum verletzt.

In diesen Fällen kann, wenn nur eine der verletzten Personen Antrag stellt, Bestrafung nur insoweit eintreten, als der Antragsteller verletzt ist.

Dies Resultat ist ein rein logisches.

Hat A den B und den C durch dasselbe Wort beleidigt, so kann auf alleinigen Antrag des B hin A nur wegen Verletzung des dem B zustehenden Rechtsguts: Ehre in Strafe genommen werden. Weder über das Antragsrecht des C, noch über dessen nur diesem zustehendes Rechtsgut Ehre kann B verfügen.

Hat A durch dieselbe Handlung das Eigentum des B beschädigt und den C körperlich verletzt, so kann auf Antrag des C der Täter nicht wegen Beschädigung des Eigentums des B in Strafe genommen werden.

Das Gericht hat, gerade wie im oben erörterten Falle der

Idealkonkurrenz eines Antrags- und eines Offizialdelikts, den konkurrierenden rechtlichen Gesichtspunkt bei seiner Beurteilung der Tat auszuschliessen.

Nach *Olshausen*, Bem. 58 zu § 61 soll dagegen z. B. bei Körperverletzung mehrerer Personen durch denselben Akt zwar die Feststellung auf die gesamte Tat zu erstrecken sein, wenn auch die Verurteilung wegen Verletzung aller betroffenen Personen nicht ausgesprochen werden dürfe. Es erscheint dies nicht richtig. Voraussetzung eines Verfahrens, also auch der Feststellung einer gegen A verübten Körperverletzung gemäss § 223 St.-G.-B. im Urteil, ist, dass A Strafantrag gestellt hat. Liegt der erforderliche Antrag nicht vor, so kann insoweit auch kein gerichtliches Verfahren, auch keine Feststellung stattfinden.

§ 11.
Fortsetzung. Prozessuale Fragen.

Eine besondere prozessuale Lage entsteht in den eben besprochenen Fällen mit Rücksicht auf den Grundsatz: ne bis in idem; also dann, wenn nach Einleitung oder gar nach Abschluss eines Strafprozesses auf Antrag eines Verletzten von dem anderen Verletzten ein neues Verfahren beantragt wird.

Die St.-P.-O. trifft in dieser Beziehung nur für den Fall der Privatklage eine ausdrückliche Bestimmung im § 415 Abs. 3: Jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung äussert,[1]) zu Gunsten des Beteiligten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben.

Dass diese Vorschrift des § 415 Abs. 3 St.-P.-O. auch für den Fall gilt, wenn durch eine Handlung mehrere Personen verletzt sind, wird in Praxis[2]) und Theorie[3]) allgemein anerkannt.

Streit herrscht dagegen über den Umfang der Rechtskraftwirkung des § 415 Abs. 3 St.-P.-O.

Benneke-Beling, S. 629 lehrt: Jede Sachentscheidung im Privatklageverfahren mache Rechtskraft auch bezüglich der gar nicht geprüften und nicht prüfbaren Qualitäten der Tat.

---

[1]) Wenn nämlich wegen derselben strafbaren Handlung mehrere Personen zur Privatklage berechtigt sind, § 415 Abs. 1.

[2]) R.-G.-E. Bd. 3, S. 632.

[3]) Löwe-Hellweg, S. 859.

Gegen diese Auffassung wendet sich *Oetker*, S. 629, 630. Mit Recht. *Oetker* geht davon aus, dass bei Anwendung des § 415 St.-P.-O. die beiden Formen der Konkurrenz:

1. des Verletzten und des Mitantragsberechtigten, und
2. mehrerer Verletzten

auseinander zu halten seien.

Bei der ersteren Konkurrenz besteht ein Strafanspruch. Was die mehreren Antragsteller begehren, kann nur dasselbe sein: Bestrafung des Täters, weil er durch eine einzige Handlung ein einziges einer einzigen Person zustehendes Rechtsgut verletzt hat. Auf verschiedenen Wegen erstreben die Antragsteller ein einziges Ziel. Und wie die Ziele identisch sind, so die Ansprüche und deren Fundamente. § 415 Abs. 2 verordnet die Vereinigung der verschiedenen Wege zu einem einzigen, indem er nach Erhebung der Privatklage durch einen Berechtigten dem anderen Berechtigten nur die Beitrittsklage gestattet. „Ueber den einheitlichen Strafanspruch kann beiden Klägern gegenüber nur einheitlich entschieden werden.“ *Oetker*, S. 629.

Im anderen Falle ist Identität der Ansprüche nicht immer vorhanden. *Oetker* scheint anzunehmen, dass hier stets verschiedene Strafansprüche gegeben seien. Wenigstens berücksichtigt er nicht den Fall, in dem bei Einheit der Handlung und Mehrheit der Verletzten nur ein Rechtsgut verletzt wird. So wenn z. B. eine im Miteigentum mehrerer Personen stehende Sache beschädigt wird. Allerdings ist dieser Fall für das Privatklageverfahren nicht praktisch. Will man aber zum richtigen Ergebnis gelangen, so muss die Möglichkeit dieses Falles unterstellt werden. Trotzdem also in diesem Falle das Antragsrecht von Mitverletzten miteinander konkurriert, deduzieren die Mitverletzten denselben Strafanspruch in judicium. Fundament und Ziel ihrer Ansprüche sind die gleichen.

Wäre Sachbeschädigung auf dem Wege der Privatklage verfolgbar, so würde § 415 Abs. 3 und § 415 Abs. 2 St.-P.-O. genau so eingreifen wie im ersten Falle.

Dagegen ist *Oetker* vollkommen zuzustimmen für die weiteren Fälle, in denen Mitverletzte bei Mehrheit von Rechtsgütern vorhanden sind. Entsprechend der Verschiedenheit der ihnen zustehenden Rechtsgüter deduzieren sie verschiedene staatliche Strafansprüche in judicium. Das Ziel ihrer Ansprüche ist nicht identisch. B will

Bestrafung des A, weil dieser sein, (des B), Rechtsgut: Ehre verletzt hat, C will die Bestrafung des A, weil dieser das ihm, (dem C), zustehende Rechtsgut: Ehre verletzt hat. Hier gilt § 415 Abs. 3 St.-P.-O. bloss mit der Einschränkung, dass einheitliche Entscheidung nur im Umfang des gemeinsamen Anspruchsfundaments notwendig ist. „Es kann nicht über das Faktum an sich (ein und dieselbe Handlung im Sinne des § 73 St.-G.-B), aus dem die Ansprüche deduziert werden, den mehreren Klägern gegenüber verschieden erkannt, z. B. nicht bei einem inkriminierten Zeitungsartikel die Autorschaft des Beschuldigten dem Kläger A gegenüber bejaht, dem Mitkläger B gegenüber verneint werden. Wohl ist über die subjektiven Beziehungen der beiden Kläger zum Anspruchsgrunde verschiedene Entscheidung möglich, das Gericht findet z. B. in dem inkriminierten Zeitungsartikel eine Injurie nur des Erst-, nicht auch des Beitrittsklägers."[1])

Hieraus folgt (mit *Oetker*):

a. Wurde der Anspruchsgrund im früheren Urteil bejaht, so ist Nachklage des Verletzten zulässig. Doch wird niemals Doppelbestrafung eintreten können.

α. Bei gleichartiger Idealkonkurrenz hat das zweite Urteil nur festzustellen, dass durch dieselbe Handlung ein weiteres einer weiteren Person zustehendes Rechtsgut verletzt wurde. Die Strafe ist auf das weitere Delikt mitzubeziehen.

β. Bei ungleichartiger Idealkonkurrenz ist zu unterscheiden:

α. α. Das weitere Delikt ist mit leichterer Strafart bedroht. Entscheidung wie im Fall sub. α.

β. β. Das weitere Delikt ist mit schwererer Strafart bedroht. Unter Anrechnung der früher ausgesprochenen Strafe auf den etwaigen Strafrest ist auf die schwerere Strafart zu erkennen.

b. Bei Verneinung des gemeinsamen Anspruchsgrundes im früheren Urteil ist Klage unzulässig. Ist entschieden, dass der Angeklagte die betr. Tat nicht verübt hat, so gilt dies gegen alle. Ist dagegen entschieden, dass er die Tat verübt hat, dass sie aber ein Rechtsgut des A nicht verletzt habe, so kann B klagen wegen Verletzung des ihm zustehenden Rechtsguts. § 415 Abs. 3 St.-P.-O. steht dem nicht entgegen.

[1]) Oetker, S. 630.

Was sich so aus § 415 St.-P.-O. für die Privatklage ergibt bezw. ergeben würde, muss Geltung auch für den Strafantrag überhaupt beanspruchen.

§ 12.

Unteilbarkeit und Antragsfrist: Einheit der Frist.

In engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags wird die Frage gebracht, wie die Antragsfrist zu berechnen ist, wenn an einer strafbaren Handlung mehrere Personen beteiligt sind und der Antragsberechtigte von deren Beteiligung nicht zu derselben Zeit, sondern nach und nach Kenntnis erlangt hat. Für die Antwort gibt es die Alternativen:

1. Beginnt die Frist allen an der Tat beteiligten Personen gegenüber an einem Tage zu laufen? oder

2. Ist die Frist hinsichtlich jeder an der Tat beteiligten Person besonders zu berechnen?

§ 61 St.-G.-B., der von der Antragsfrist handelt, gibt auf die Fragen keine Entscheidung. Dieser Paragraph spricht nur vom Täter, passt also überhaupt nicht für die Fälle, in denen mehrere nach und nach zur Kenntnis des Antragsberechtigten gelangte, bei der Tat beteiligte Personen vorhanden sind.[1])

Angesichts des Schweigens des Gesetzes und der Motive meint nun *Reber*, S. 470: man müsse sich an die grammatische Auslegung halten und beim Täter stehen bleiben. Demgemäss genüge es zum Beginn der Frist nicht, wenn der Berechtigte nur den Anstifter, Gehülfen oder Begünstiger kannte, dagegen genüge es, wenn er nur einen Täter und nicht auch alle Mittäter, den Anstifter, Gehülfen oder Begünstiger kannte. Nur insofern bei relativen Antragsdelikten der Täter eine nicht verbundene Person und nur der Anstifter, Gehülfe oder Begünstiger eine verbundene Person sei, erscheine letzterer im Sinne des § 61 als Täter der nur auf Antrag verfolgbaren Anstiftungs-, Hülfs- oder Begünstigungshandlung. Daher genüge in diesem Falle die Kenntnis des Ausführers nicht, sondern die Kenntnis der verbundenen Nebenpersonen sei Voraussetzung des Fristbeginns.

Die Auffassung *Rebers* ist zu eng. Eine bessere Grundlage als aus dem Wortlaute des § 61 St-G.-B. ergibt sich für die Ent-

[1]) R.-G.-E. Bd. 9, S. 39.

scheidung aus dem Zusammenhalte der die Antragsstellung betr. Vorschriften des St.-G.-B., insbesondere aus der Art und Weise, in welcher die Befugnisse der Antragsberechtigten geregelt sind.[1])

In der Litteratur zur Frage des Beginns der Antragsfrist lassen sich im übrigen zwei Gruppen unterscheiden, entsprechend den beiden oben festgestellten Alternativen.

Auf der einen Seite stehen die Schriftsteller, welche die Frist hinsichtlich einer jeden an der Tat beteiligten Person besonders berechnen.

Diesen Standpunkt nahm ursprünglich das Reichsgericht ein.[2])
Er wird von verschiedenen Autoren vertreten:

Von Schwarze, Bem. 14 zu § 61: Sind mehrere Teilnehmer in Frage und hat der Verletzte die Kenntnis von der Person bei den einzelnen Teilnehmern nach und nach erlangt, so ist die Antragsfrist bezügl. jedes Einzelnen besonders zu berechnen: keineswegs steht der Ablauf der Denunziationsfrist betr. des einen Teilnehmers dem Antrage betreffend des später bekannt gewordenen Teilnehmers entgegen.

Rüdorff, Bem. 24 zu § 61: Durch die Kenntnis einzelner Täter und Ablauf der Frist gegen diese, verliert der Antragsberechtigte nicht das Recht, gegen später bekannt gewordene Personen den Antrag zu stellen und wirkt dieser gegen alle Beteiligte.

Bennecke-Beling, S. 235: Sind mehrere Personen als Täter, Teilnehmer usw. beteiligt, so berechnet sich die Antragsfrist bezüglich eines jeden Einzelnen separat.

Auf der anderen Seite wird behauptet, die Frist für die Stellung des Antrags sei einheitlich zu berechnen.

Diese Ansicht wird für die absoluten Antragsdelikte vom Reichsgericht vertreten. Das R.-G. führt hierfür folgendes aus[3]):

Nach § 63 St.-G.-B. habe der Antragsberechtigte bei absoluten Antragsvergehen nur darüber zu entscheiden, ob die in Frage stehende Handlung als solche verfolgt werden solle. Es stehe dagegen nicht in dessen Macht, die Verfolgung auf einzelne Beteiligte zu beschränken. andere aber derselben zu entziehen und in dieser Weise eine ungleichmässige Behandlung der an der Tat beteiligten Personen herbei-

[1]) R.-G.-E. Bd. 9, S. 39.
[2]) Bd. 1 S. 614 der Entscheidungen.
[3]) E. Bd. 9, S. 391 ff.

zuführen. Es liege nach dem im St.-G.-B. zur Geltung gelangten System der Unteilbarkeit des Antrags immer nur ein einziger Strafantrag vor, der auf Verfolgung der strafbaren Handlung in ihrem ganzen Umfang gerichtet sei und, wenn auch der Antragsberechtigte gar keinen oder nur einen einzigen Täter benannte, doch dieselbe rechtliche Bedeutung habe, wie wenn in demselben ausdrücklich die Verfolgung aller an der Tat beteiligten Personen beantragt worden wäre. Durch einen solchen, in wirksamer Weise gestellten Antrag würde das Antragsrecht des Berechtigten erschöpft. Wenn das System der Unteilbarkeit des Antrags folgerichtig durchgeführt werden sollte, konnte man für den Fall des Vorhandenseins mehrerer bei der Tat beteiligten Personen nicht verschiedene Antragsfristen festsetzen, von denen jede in einem anderen Zeitpunkt ihre Laufzeit beginnen kann. Bei der Annahme, dass in einem solchen Fall mehrere von einander unabhängige Fristen nebeneinander herlaufen, würde der Antragberechtigte in der Lage sein, die Frist gegen einen oder mehrere an der Handlung Beteiligten ablaufen zu lassen, ohne einen Strafantrag zu stellen, gegen später Ermittelte aber dann die Verfolgung zu beantragen. Diese Erwägung führe zu dem Ergebnis, dass die in § 61 St.-G.-B. geregelte Frist als eine einheitliche, allen Beteiligten gegenüber an demselben Tag beginnende anzusehen sei.

Der Ansicht des R.-G. ist auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus beizupflichten. Doch ist die Begründung eine andere. Denn es kann nicht anerkannt werden, dass die Antragsstellung gegen einen einzigen Täter ohne weiteres dieselbe rechtliche Bedeutung habe, wie wenn im Antrag ausdrücklich die Verfolgung aller an der Tat beteiligten Personen beantragt worden wäre. Dies ist gemäss der Auslegungsregel in § 63 S. 2 St.-G.-B. nur bei unbewusster Teilung der Fall. Ist die Teilung eine bewusste, so ist der Antrag ungültig. Lässt der Antragsberechtigte die Frist gegen einen Beteiligten ungenützt verstreichen, obwohl er weiss, dass mehrere Personen bei der Tat beteiligt sind, so nimmt er bewusst eine Teilung vor. Ein nach Ablauf der gegen einen Beteiligten laufenden Frist gegen einen anderen Beteiligten gestellter Antrag könnte nur noch ein geteilter sein. Ihm wäre jede Wirksamkeit zu versagen. Hieraus ergibt sich, dass die Frist gegen alle Beteiligte einheitlich berechnet werden muss.

§ 13.

Fortsetzung: Fristbeginn.

Die Vertreter der Anschauung, dass die Antragsfrist allen Beteiligten gegenüber einheitlich zu berechnen sei, sind hinsichtlich der Frage des Beginns dieser einheitlich zu berechnenden Frist wieder in zwei Gruppen zu scheiden.

Einesteils wird angenommen, die Antragsfrist beginne erst dann zu laufen, wenn dem Antragsberechtigten die Personen aller an der strafbaren Handlung Beteiligten bekannt geworden sei.

So früher *Oppenhoff*, 13. Auflage.

Weiter *Meyer*, Lehrbuch f. D. St.-R. 5. Aufl. 1895, S. 307.

Endlich *Binding*, S. 839: Er argumentiert:

Da Ablauf der Antragsfrist durchaus kein Recht des Delinquenten auf Unverfolgbarkeit begründet, vielmehr nur das Antragsrecht untergehen lässt, da im Falle der Mitschuld bei Antragsverbrechen der Antrag gar nicht wider alle gestellt zu sein braucht und doch alle verfolgbar werden, da der Nichtstellung des Antrags und der Nichtstellbarkeit desselben das gleiche Maas verfolgungshindernder Kraft beiwohnen bezw. nicht beiwohnen muss, so ist es ganz gleichgültig, ob das Antragsrecht eines Antragsberechtigten wider einen Mitschuldigen durch Fristablauf untergegangen ist oder nicht. Die rechtzeitige Stellung des Antrags wider einen anderen Mitschuldigen seitens desselben Berechtigten oder wider denselben Schuldigen seitens eines anderen Berechtigten entfesselt die Verfolgung wider alle Mitschuldigen. Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrags wirkt juristische Wirkungslosigkeit des Ablaufs der einzelnen Antragsrechte; alle Mitschuldigen unterliegen der gleichen Gefahr der Verfolgung, bis auch das letzte Antragsrecht erloschen ist.

Anderenteils wird angenommen, die Frist beginne an dem Tage, an welchem der Antragsberechtigte von der Tat und von der Person auch nur eines an der Tat Beteiligten Kenntnis gehabt habe.

So das R.-G. a. a. O. (ebenfalls für die absoluten Antragsdelikte):

Wenn die Antragsfrist erst an dem Tage beginnen würde, an welchem dem Antragsberechtigten die Personen aller an der strafbaren Handlung Beteiligten bekannt geworden sind, so würde der Beginn der Frist nicht nur oft sehr spät erfolgen, sondern es würde dieselbe in denjenigen Fällen garnicht laufen, in welchen zwar die

Zahl der Beteiligten feststeht, aber bezüglich eines oder mehrerer der Name nicht ermittelt werden kann. Auch würde es in diesem Falle häufig ungewiss bleiben, ob die Antragsfrist versäumt worden ist, und würde die Entdeckung eines Beteiligten, dessen Mitwirkung bisher unbekannt war, den Beginn der anscheinend abgelaufenen Frist nicht herbeiführen.

Mit dem R.-G. stimmt jetzt auch *Oppenhoff*, Bem. 31 zu § 61, überein, auch für die relativen Antragsdelikte.

Ebenso *Olshausen*, Bem. 2zu § 61. *Frank*, Bem. VIII, 3 zu § 61. *Berner*, S. 337. *Köhler*, S. 80, 85.

Gegen das R.-G. wendet sich *Berendes*, S. 55: In der Argumentation des R.-G. liege offenbar eine petitio principii. Sie gehe von dem als etwas Selbstverständlichem aus, was gerade erst zu erweisen sei, dass nämlich der Ausdruck des Gesetzes: Kenntnis von der Person des Täters, gleichbedeutend sei mit: Kenntnis von der Person eines d. h. nur eines einzigen Beteiligten, und dass hinsichtlich des ersten bereits bekannt gewordenen Beteiligten eine Antragsfrist laufe. Die entscheidende Frage sei aber gerade die, ob nach dem Gesetze der Antragsberechtigte von der Person des Täters Kenntnis hat, wenn er auch nur erst einen Beteiligten, etwa einen Gehülfen, kennt; ob er also, wenn er den Antrag nicht stellt, wirklich eine Frist verstreichen lasse. Mit der Unteilbarkeit des Antrags habe die Frage nichts zu tun.

Im Resultat stimmt jedoch auch *Berendes* der Ansicht des R.-G. zu, weil sie hinsichtlich der Auslegung oder analogen Anwendung des § 61 dem Willen des Gesetzgebers, der sich aus der Entstehungsgeschichte des § 61 ergebe, am ehesten gerecht werde. Den Einwendungen, welche *Berendes* gegen die Ansicht des R.-G. erhebt, ist die Anerkennung nicht zu versagen. Er müsste nur auch die Konsequenz aus ihnen ziehen. Und die Konsequenz ist die, dass mit *Binding* anzunehmen ist:

Die für alle an einem Antragsvergehen Beteiligten einheitlich zu berechnende Frist beginnt mit der Kenntnis aller Mitschuldigen durch den Antragsberechtigten.

§ 14.

Die Durchführung des Unteilbarkeitsprinzips: Oeffentliche Klage.

Die Durchführung des Unteilbarkeitsprinzips in der Praxis hat mannigfache Meinungsverschiedenheiten gezeitigt.

Es wird behauptet: Der Vorschrift des § 63, insbesondere des Satzes 2, komme nur materielle Wirkung zu, da zu ihrer vollen Gültigkeit es formeller Ergänzungen bedurft hätte, diese aber in der St.-P.-O. nicht gegeben seien.[1])

Soweit das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage in Betracht kommt, hat sich das Reichsgericht über diese Frage wie folgt ausgesprochen:[2])

Prozessualische Voraussetzung des Verfahrens gegen alle an einem Antragsdelikt beteiligten Personen ist, dass die Klage von der Staatsanwaltschaft erhoben ist, und die gerichtliche Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nach § 153 St.-P.-O. nur auf die durch die Klage beschuldigten Personen. Ist nicht gegen sämtliche Teilnehmer der strafbaren Handlung Klage erhoben, so kann das Gericht daraus keine Veranlassung nehmen, die Verhandlung gegen den oder die Angeschuldigten abzulehnen. Denn es fehlt hierzu prozessgesetzlich jede Ermächtigung; vielmehr hat es nach § 201 St.-P.-O. das Hauptverfahren zu eröffnen, sobald der Angeschuldigte nach den Ermittelungen hinreichend verdächtig erscheint, und dasselbe auf die im § 259 daselbst vorgeschriebene Art zu beendigen. Ein auf die Vorschrift des § 63 St.-G.-B. gestützter ablehnender Beschluss würde daher von der Staatsanwaltschaft nach § 209 Abs. 2 St.-P.-O. mit Erfolg angefochten werden, während dem Angeklagten nach Abs. 1 daselbst gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens überhaupt kein Beschwerderecht zusteht. Daraus folgt aber auch, dass ein etwaiger Versuch des erkennenden Gerichts durch Einstellung des Verfahrens gegen den Angeschuldigten die Anklagebehörde zum Einschreiten gegen sämtliche Beteiligte zu nötigen, scheitern müsste, abgesehen davon, dass die Einstellung des Verfahrens nach § 259 Abs. 2 St.-P.-O. nur bei dem Mangel eines Strafantrags oder bei rechtzeitiger Zurücknahme desselben, nicht aber bei einer dem § 63 St.-G.-B. zuwiderlaufenden Teilung auszusprechen ist.

---

[1]) Olshausen, Bem. 4 zu § 63.

[2]) E. Bd. 23. S. 202.

Hiermit übereinstimmend: *Olshausen,* Bem 4a zu § 63: Die St.-P.-O. gibt, ausser der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde gemäss § 152 Abs. 2, kein Mittel an die Hand, wodurch die Staatsanwaltschaft genötigt werden könnte, gegen sämtliche Beteiligte die öffentliche Klage zu erheben.

Ebenso *Frank,* II, 2 zu § 63; *Löwe-Hellweg,* S. 467.

Oppenhoff, Bem. 5 zu § 63: Der § 63 fordert keineswegs, dass das gerichtliche Verfahren gegen sämtliche Beteiligte ein einheitliches sei, ja nicht einmal, dass die Verfolgung sämtlicher Mitschuldigen überhaupt stattfinde, er bezieht sich vielmehr nur auf die Statthaftigkeit der Verfolgung.

v. Schwarze, Bem. 3 zu § 63: Dem Angeklagten, gegen welchen allein der Antrag der Vorschrift des § 63 zuwider gestellt worden ist, steht hiergegen ein Widerspruch nicht zu.

Vergl. weiter: *Benneke-Beling,* S. 241; *Köhler,* S. 125f., *Binding,* S. 636.

Es muss zugegeben werden, dass im Falle der öffentlichen Klage gegen nur einen an einem Antragsdelikt Beteiligten das Gericht es nicht erzwingen kann, dass das Verfahren ein einheitliches gegen sämtliche Teilnehmer sei. Dem steht aber keine gesetzliche Bestimmung entgegen, dass es Nachforschungen darüber anstellt, warum die Klage nicht gegen alle Beteiligten einheitlich erhoben wurde. Und stellt sich hierbei heraus, dass dies unter Verletzung des § 63 St.-G.-B. geschah, dass dies geschah, weil der Antrag geteilt wurde, so hat das Gericht das Verfahren einzustellen. Denn der geteilte Strafantrag ist ungültig. Der zur Verfolgung der Handlung erforderliche Antrag liegt nicht vor. Die Vorschrift des § 259 Abs. 2 St-P.-O. greift ein.

Das Gericht ist zu diesen Nachforschungen nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet, wenn der Angeschuldigte der Strafverfolgung widerspricht, weil das Prinzip der Unteilbarkeit verletzt sei. Denn stellt sich die Einwendung als richtig heraus, so liegt der zur Strafverfolgung erforderliche Antrag nicht vor. Die Frage aber, ob der Antrag gestellt ist, und zwar dem Gesetz gemäss, hat das Gericht schon ex officio, zumal aber dann zu prüfen, wenn der Angeschuldigte die Nichtstellung desselben behauptet.

§ 15.

Fortsetzung: Privatklage

Für das Verfahren auf erhobene Privatklage liegt nach *Olshausen*, Bem. 4b zu § 63 die Sache „ebenso". Das heisst: Der Privatkläger könne vom Gericht nicht gezwungen werden, alle Beteiligten anzuklagen. Das Gericht beschliesse nämlich nach § 423 St.-P.-O. über die Eröffnung des Hauptverfahrens nach Massgabe der Bestimmungen, welche bei einer von der Staatsanwaltschaft unmittelbar erhobenen Klage Anwendung finden.

Uebereinstimmend:

Frank, II, 2 zu § 63, *Oppenhoff*, Bem. 3 zu § 63, *Köhler*, S. 123, *Berendes*, S. 63, *Löwe-Hellweg*, Bem. 2c zu § 423, *Benneke-Beling*, S. 630.

Dagegen meint *Rüdorff*, Bem. 6 zu § 63: Das Gericht sei befugt, das Verfahren solange zu beanstanden, bis dasselbe gegen alle Beteiligte gerichtet wird.

Nach *Binding*, S. 636, müssen die (Privat) Klagen alle beim forum connexitatis verbunden angebracht werden.

Kiehl endlich[1]) vertritt die Auffassung: Die Vorschrift des § 63 St.-G.-B. bedinge die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen alle Beteiligte, auch wenn die Privatklage nur gegen eine beteiligte Person gerichtet sei.

Gemäss der hier vertretenen Auffassung des Unteilbarkeitsprinzips ist die Entscheidung für das Privatklageverfahren dieselbe wie für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage. Mit *Binding* ist anzunehmen, dass die (Privat) Klagen gegen die Mitschuldigen alle im forum connexitatis verbunden anzubringen sind. Die Privatklage, die bei Mehrheit von Teilnehmern nur gegen einen Beteiligten erhoben ist, enthält Teilung des Strafantrags, stellt eine Verletzung des § 63 St.-G.-B. dar. Der ihr zu Grunde liegende Strafantrag ist ungültig, gilt pro non scripto. Die Privatklage ist gemäss § 423 St.-P.-O. „zurückzuweisen".

---

[1]) Welche Rechtswirksamkeit hat die Bestimmung des § 63 St.-G.-Bs., Archiv für Strafrecht, Berlin 1884, Bd. 34, S. 61, ff.

II. Kapitel.

Bedingter und unter Vorbehalt gestellter Strafantrag.

§ 16.

Bedingung des Verfolgungswillens.

Oben — § 1 — wurde festgestellt, dass für die Verfolgung der sogenannten Antragsdelikte der Wille des Verletzten konstitutiv ist.

Damit dieser Verfolgungswille wirksam werde, muss er in die Erscheinung treten, er muss erklärt werden

Der Strafantrag ist der vom Verletzten erklärte Wille, dass der Täter wegen der verletzenden Handlung bestraft werde. Also nicht jede Willenserklärung des Verletzten ist ein Strafantrag, sondern nur die eine Erklärung, dass er die Bestrafung des Täters wolle. Ein Mehr in dieser Beziehung kann nicht schaden, aber ein Weniger nimmt der Erklärung den Charakter des Strafantrags. Die Erklärung: „ich habe nichts gegen die Bestrafung des Täters einzuwenden", ist kein Strafantrag. Ebensowenig kann in dem Antrag: „kriminalpolizeiliche Erörterungen anzustellen, um den Täter kennen zu lernen", ein dem Gesetz entsprechender Antrag erblickt werden.[1]) Als eine Willenserklärung, die etwas bestimmtes bezweckt, und welche die Vorbedingung der Tätigkeit eines Anderen ist, muss die Antragsstellung in allen ihren Teilen klar und insbesondere in Bezug auf den Zweck bestimmt sein[2]). Demgemäss muss der Antrag, die Absicht des Verletzten, die Verfolgung des Täters herbeizuführen,

---

[1]) A. A. R.-G.-E. Bd. 12, S. 173.

[2]) Reber, S. 413.

bestimmt zum Ausdruck bringen.[1]) Eine Ungewissheit über den Willen des Verletzten darf nicht bestehen. Mit dieser Forderung ist die Annahme, dass bedingte Antragsstellung möglich ist, grundsätzlich nicht vereinbar.

Es besteht eine Ungewissheit über den Verfolgungswillen des Verletzten selbst, wenn die Entstehung dieses Willens von dem Eintritt oder Nichteintritt eines anderen äusseren Ereignisses abhängig sein soll. Jeder Zusatz zum Strafantrag, der dem Zwecke dient, die Entstehung des Verfolgungswillens von einem äusseren Ereignis abhängig zu machen, bewirkt eine Ungewissheit über das Vorhandensein dieses Willens überhaupt und die Ungültgkeit des gestellten Antrags.

Gleicher Ansicht: *v. Liszt*, S. 200; *Reber*, S 417; *Meyer*, S.310; *Dochow*, in *Holzendorffs* Handbuch, IV, S. 275; *Nessel*. Die Antragsberechtigungen des Deutschen R.-St.-G.-B's., Berlin, 1873, S. 49.

§ 17.

Die Arten der Bedingung.

Keinen Unterschied macht es, welcher Art die dem Antrag hinzugefügte Bedingung ist. Die Hinzufügung einer Bedingung zum Strafantrag macht diesen ungültig.

Die aufschiebende Bedingung macht ihn ungültig. Denn das Entstehen des Willens wird bei ihr stets von einer in der Zukunft liegenden Tatsache abhängig gemacht.

Auch die auflösende Bedingung bewirkt die Ungültigkeit des Strafantrags, dem sie hinzugefügt ist. Zwar scheint zur Zeit der Erklärung keine Ungewissheit über den Verfolgungswillen zu bestehen. Denn nicht das Entstehen des Willens, sondern dessen Aufhören ist von einer zukünftigen Tatsache abhängig gemacht.

Demgemäss hat man angenommen, auflösende Bedingungen seien pro non scripto zu erachten[2]) Ungewissheit über den Willen bestehe nicht. Das durch Stellung des Strafantrags entstandene Strafverfolgungsrecht könne durch die auflösende Bedingung nicht wieder beseitigt werden.

Dem kann nicht beigetreten werden. Durch die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung zum Strafantrag entsteht ebenfalls eine Ungewissheit über den Willen des Antragstellers. Es kann ebensogut

---

[1]) v. Liszt, S. 200.

[2]) R.-G.-E. Bd. 14, S. 96.

angenommen werden, dass der Wille nicht existent geworden wäre, wenn dem Antragsteller bewusst gewesen wäre, dass er auf das Aufhören seines Willens keinen Einfluss hat, wie angenommen werden kann, dass er ihn trotzdem gestellt hätte. Dadurch, dass der Antragsteller, dessen Wille allein entscheidet, erklärt, er wolle für einen bestimmten, künftig eintretenden Fall den Antrag nicht gestellt haben, entsteht eine Ungewissheit über den Willen, welche das Strafverfolgungsrecht überhaupt nicht zum Entstehen gelangen lässt.[1])

§ 18.

Uebersicht über die Litteratur.

In der Litteratur ist im einzelnen die Behandlung bedingter Strafanträge kontrovers.

Nach *Klebs*, Zur Lehre von den sogenannten Antragsverbrechen und Vergehen, in *Goltdammers* Archiv Bd. 19, S. 576 sind Bedingungen als nicht geschrieben zu erachten.

Das R.-G.[2]) und *Olshausen*, Bem. 4 zu § 61, gehen davon aus, dass das Vorliegen eines rechtswirksamen Antrags nur dann zu verneinen sei, wenn die hinzugefügte Bedingung erkennen lasse, dass der Antragsteller, falls ihr nicht entsprochen werden solle, die Herbeiführung der Verfolgung überhaupt nicht beabsichtige.

Demgemäss seien Scheinbedingungen als nicht beigefügt zu erachten, weil sie den auf Strafverfolgung gerichteten Willen nicht im Ungewissen liessen, sei es, dass der anscheinend bedingte Umstand bereits notorisch eingetreten sei, sei es, dass er nach dem natürlichen Lauf der Dinge oder nach gesetzlicher Vorschrift eintreten müsse.

Bei den wahren Bedingungen, — die sich auch auf vergangene Tatsachen beziehen könnten, R.-G.-E. Bd. 14 S. 98, — seien aufschiebende und auflösende verschieden zu behandeln.

a. Aufschiebende Bedingungen führten die Unwirksamkeit des Strafantrags, dem sie beigefügt sind, herbei.

b. Auflösende Bedingungen seien unwirksam[3]).

Nach *Rüdorff*, S. 214, soll es Sache der Auslegung sein, ob eine Suspensivbedingung den Antrag ungültig mache, oder ihn bestehen lasse, indem in diesem Fall die Bedingung als nicht hinzugefügt gelte.

[1]) Rüdorff, S. 214.

[2]) E. Bd. 6, S. 152.

[3]) S. oben § 17.

Aufschiebende und auflösende Bedingungen behandelt gleichmässig *Köhler*, S. 112. Beide Arten berührten die Gültigkeit des Antrages nicht, sofern sie innerhalb der Antragsfrist sich erfüllen.

Binding, S. 656 ff.[1]) unterscheidet zwischen gesetzlich zulässigen und gesetzlich unzulässigen Bedingungen. Die gesetzlich zulässigen Bedingungen lassen den Antrag selbstverständlich bestehen; aber auch die gesetzlich unzulässigen Bedingungen sollen die Gültigkeit des Strafantrags nicht berühren.

Frank VI, 4 zu § 61, lehrt, dass während des Schwebens der Bedingung eine Strafverfolgung nicht stattfinden dürfe, dass aber auf die innerhalb der Antragsfrist erstattete Anzeige des Antragstellers von der Erfüllung der Bedingung der Verfolgung nichts im Wege stehe. Diese Anzeige ist u. E. nicht anderes als der Antrag selbst. Vor der Anzeige war ein gültiger Antrag nicht vorhanden.

§ 19.

Bedingung der Rechtswirkungen des Strafantrags.

Wenn nun auch die Hinzufügung einer Bedingung zum Strafantrag, die dem Zwecke dient, den Verfolgungswillen selbst zu bedingen, die Ungültigkeit des Antrags nach sich zieht, so kann doch immerhin der Zusatz auch einem anderen Zwecke dienen, dem nämlich: die Rechtswirkungen des Verfolgungswillens mit einem äusseren Ereignis in Verbindung zu bringen.

Es fragt sich, welcher Einfluss einem solchen Zusatz zukommt.

Im Zivilrecht können die einer Willenserklärung an und für sich zukommenden rechtlichen Wirkungen von demjenigen, der die Willenserklärung abgibt, von Bedingungen abhängig gemacht werden. In der Setzung einer Bedingung liegt eine Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen einer Willenserklärung[2]). Der Beifügung einer Bedingung sind Rechtsgeschäfte nur ausnahmsweise unzugänglich. Die Zulässigkeit der Beifügung bildet vielmehr die Regel[3]).

Eine Uebertragung dieser Grundsätze auf das Strafrecht ist allerdings nicht ohne weiteres möglich. Denn das B.-G.-B. enthält

---

[1]) Aehnlich auch Hälschner, a. a. O., S. 717.

[2]) Motive zum Entwurf 1 eines B.-G.-B.'s, Berlin 1888, Bd. 1, S. 248.

[3]) Dernburg, das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs nnd Preussens, Halle, 1902, I, S. 444.

Vorschriften über die Bedingungen (§§ 158 - 162) und über ihre Unzulässigkeit bei einigen Rechtsgeschäften z. B. §§ 388, 1317, 1598, 1724, 1742, 1768, 1947, 2180, 2202. Das St.-G.-B. hingegen gibt über sie keine Auskunft. Das Privatrecht dient an erster Stelle den Interessen der beteiligten Individuen. Das Strafrecht gehört dem öffentlichen Rechte an, und für das öffentliche Recht ist das staatliche und allgemeine Interesse an erster Stelle bestimmend.[1]) Das schliesst nicht aus, dass das Privatrecht mit öffentlich rechtlichen Elementen durchmischt ist, und schliesst nicht aus, dass das öffentliche Recht auf Interessen der Individuen Rücksicht nimmt. Dies letztere aber ist im Strafrecht durch die Aufstellung der Antragsdelikte geschehen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist gegen die Hinzufügung einer Bedingung zum Strafantrag, welche dem Zwecke dient, dessen rechtliche Wirkungen von einem äusseren Ereignisse abhängig zu machen, grundsätzlich nichts zu erinnern[2]).

Diese Willkür des Antragstellers findet ihre Grenze im Gesetze. Es fragt sich also, ob und inwieweit das Gesetz dem Verletzten gestattet, die Rechtswirkungen seines Antrags nach seinem Ermessen zu gestalten. Die Grenzen sind mannigfache. Ueber die durch das Unteilbarkeitsprinzip dem Willen des Verletzten gezogene Schranke wurde im vorigen Kapitel ja eingehend gehandelt. Andere Grenzen ziehen die §§ 61 und 64 des St.-G.-B. Sofern der Antragsteller durch Hinzufügung einer Bedingung zum Strafantrag dessen Rechtswirkung in einer Weise bedingen will, die eine Verletzung der § 61, 63 oder 64 St.-G. in sich schliesst, so ist der Antrag ebenfalls ungültig. Soweit sich die Willkür des Antragstellers jedoch innerhalb dieser Grenzen hält, oder sogar auf etwas gesetzlich gestattetes geht (condicio juris), berührt die Bedingung die Gültigkeit des Strafantrags nicht. Der Strafantrag ist nach Massgabe der Bedingung für gültig zu erachten.

§ 20.

Fortsetzung: ein Beispiel.

Ein Beispiel:

Am 1. März 1904 hat A zum Nachteil des B einen Mundraub verübt. B stellt am 2. März folgenden Antrag:

---

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 47.

[2]) vgl. Bennecke-Beling, S. 28.

Ich beantrage Bestrafung des A, wenn das Strafverfahren erst im April eingeleitet wird.

Der Antrag ist gültig. Die Bedingung dient nicht dem Zwecke, die Entstehung des Willens davon abhängig zu machen, dass erst im April gegen den Täter vorgegangen werde. Sie hat den Zweck die Rechtswirkung des Antrags: sofortige Verfolgung des Täters, zu beschränken. Da im April die Antragsfrist noch nicht abgelaufen ist, hält sie sich innerhalb der im § 61 St.-G.-B. dem Willen des Verletzten gezogene Grenze.

Man kann entgegnen:

Eine solche Macht wolle das Recht dem Antragsberechtigten nicht geben. Die Aktion der Staatsorgane werde dem Privaten nicht in der Weise zur Verfügung gestellt, dass er bestimmen könne, ob die Verfolgung im April oder Mai beginnen könne.

Die Einwendung erscheint nicht stichhaltig. Es ist dem Privaten doch gestattet, die Strafverfolgung durch Nichtstellung des Antrags überhaupt zu verhindern. Es ist ihm gestattet, noch am letzten Tage der dreimonatlichen Frist den Antrag zu stellen. Gegenüber diesen beiden Extremen ist die Antragstellung, wie sie oben konstruirt wurde, ein minus. Die Aktion der Staatsorgane wird dem Privaten in nicht höherem Masse zur Verfügung gestellt, wenn er zu Anfang der Frist erklärt, ich will nicht, dass die Strafverfolgung vor dem 1. April beginnt, als wenn er erst an diesem Tage den Antrag stellt.

Ein Wesensunterschied zwischen den beiden Erklärungen besteht nicht.

Sollte jener Antrag aus seinem Wortlaut allerdings ergeben, dass die Entstehung des Verfolgungswillens davon abhängig sein soll, dass die Strafverfolgung erst im April beginnt, dann wäre der Antrag als ungültig zu erachten. In der Regel wird sich dies aus dem Wortlaut nicht ergeben, den Antrag in diesem Sinne zu interpretiren, liegt im allgemeinen ein Anlass nicht vor. Denn so wie er gestellt ist, geht er auf etwas gesetzlich zulässiges. Die Sache liegt anders, als wenn eine auflösende Bedingung dem Antrag hinzugefügt wurde. Dort will der Antragsteller durch die Bedingung etwas erreichen, was gesetzlich unzulässig ist. Da dies nicht angeht, ist ungewiss, ob der Verfolgungswille überhaupt da ist.

§ 21.

Unter Vorbehalt gestellter Strafantrag: Uebersicht über die Litteratur.

Ueber die Behandlung des einem Strafantrag hinzugefügten Vorbehalts herrscht ebenfalls Streit.

Nach *Olshausen*, Bem. 46 zu § 61 beeinträchtigen Vorbehalte die Wirksamkeit eines Strafantrags nicht. Denn der Wille, dass die strafrechtliche Verfolgung eintreten möge, sei unbedingt ausgesprochen, möge der Antragsteller dabei gleichzeitig erklären, dass er event. noch etwas anderes wolle, so insbesondere dass er, sei es zulässiger, sei es unzulässiger Weise, die „Zurücknahme“ sich vorbehalte.

Uebereinstimmend hat das Reichsgericht[1]) entschieden, dass der dem Antrag beigefügte, auf eine gütliche Verständigung bei oder in dem Termin sich beziehende Vorbehalt die Wirksamkeit des Antrags nicht hindere, da derselbe seinem deutlichen Inhalt nach nicht die Existenz des Strafantrags suspendiren, sondern bei eintretender Vereinigung vor oder in dem Verhandlungstermin dessen Zurücknahme in Aussicht stellen solle.

Nach *Binding*, S. 656, machen Vorbehalte den Antrag ungültig, soweit sie nicht gesetzlich besonders gestattet oder verboten sind. Der gesetzlich unzulässige Vorbehalt gilt pro non scripto. Ein Vorbehalt der Rücknahme des Antrags bei Stellung desselben ist aber kein Vorbehalt des Antrags und beeinträchtigt diesen nicht — auch dann nicht, wenn die Zurücknahme gesetzlich unzulässig sein sollte.

Reber, S. 420: Vorbehalte gelten als nicht beigefügt, da sie ihrer Natur nach die Gültigkeit der Erklärung von dem Eintritt des Vorbehaltenen nicht abhängig machen und entweder etwas selbstverständliches betreffen, dann aber ein unschädlicher Ueberfluss sind, oder, wenn sie etwas rechtlich Unmögliches bezwecken, als gegenstandslos wegfallen. Als ein besonderer Fall des Vorbehaltes kommt die vorläufige Stellung des Antrags in Betracht. Die Vorläufigkeit besteht nur in dem Vorbehalte einer Handlung, die man später ausführen will, schliesst aber eine Handlung in sich, die ausgeführt ist. Wer vorläufig einen Antrag stellt, hat ihn gestellt und will, dass er wirksam sei, nur hat er sich sein weiteres Tun bezüglich des gestellten Antrags vorbehalten. Letzteres ist aber etwas selbstverständ-

[1]) E. Bd. 3, S. 91.

liches und daher weder nützlich noch schädlich. Es nützt dieser Vorbehalt nichts, wenn das weitere Tun ein gesetzlich verbotenes sein sollte, wie z. B. die spätere Teilung, es schadet nichts, weil er keine Bedingung der Wirksamkeit der Stellung ist.

Oppenhoff dagegen[1]) nimmt an, dass ein an einen Vorbehalt geknüpfter Strafantrag ungültig sei.

§ 22.

Fortsetzung: Die Wirkung des Vorbehalts.

Auch für die Frage der Gültigkeit eines an einen Vorbehalt geknüpften Strafantrags ist davon auszugehen, dass, sofern der Antrag gültig sein soll, eine Ungewissheit über den Verfolgungswillen nicht bestehen darf.

Ob eine Ungewissheit über den Willen besteht, lässt sich nur feststellen, wenn man die Zwecke in das Auge fasst, welchen der Vorbehalt dienen soll.

Der Zweck kann aber nun nicht wie beim Hinzufügen einer Bedingung zum Strafantrag ein verschiedener sein. Der Vorbehalt kann nur einem Zwecke dienen, nämlich dem: dass der Antragsteller durch ihn zu erreichen sucht, eine Aenderung in seinem Willen sich offen zu halten. Diese Zweckbestimmung des Vorbehalts kann nur die Wirkung äussern, dass es überhaupt ungewiss ist, ob der Verfolgungswille vorhanden sei. Die Staatsorgane, die auf dem mit einem Vorbehalt verknüpften Strafantrag eine Verfolgung einleiten sollen, bleiben im Unklaren darüber, ob der Antragsteller die Verfolgung will, trotzdem dem Vorbehalt nicht entsprochen werden kann, oder ob er angesichts dieses Umstandes die Verfolgung nicht will.

Die durch die Hinzufügung eines Vorbehaltes zum Strafantrag sich ergebende Ungewissheit über den Verfolgungswillen selbst führt aber die Ungültigkeit des Strafantrags herbei.

Dass der Vorbehalt der Zurücknahme des Antrages in den gesetzlich zulässigen Fällen dem Antrag nichts schadet, bedarf keiner weiteren Ausführung. In solchem Falle ist Ungewissheit über den Willen nicht vorhanden. Der Antragsteller weiss, dass das Gesetz ihm die Zurücknahme gestattet. Zunächst will er, dass die Verfolgung eintrete. Ungewissheit besteht lediglich darüber, ob er von seinem Rücknahmerecht demnächst Gebrauch machen werde.

---

[1]) Bem. 23 zu § 61.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Prof. Dr. **von Lilienthal,** Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 61.

Das Vergehen des Nachwuchers
gemäss § 302c RStGB.

Von

Dr. jur. Leo Kitzinger,

Rechtsanwalt.

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Das Vergehen des Nachwuchers
gemäss § 302c RStGB.

Von
Dr. jur. Leo Kitzinger,
Rechtsanwalt in München.

BRESLAU 1905.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von **Professor Dr. Beling.**

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhaltsverzeichnis.

Quellenregister.

Einleitung.

§ 1.

Während das RStGB. im Allgemeinen die Aufrechterhaltung oder Fortsetzung des durch das Verbrechen eines Andern geschaffenen rechtswidrigen Zustands nach den Grundsätzen über Hehlerei und Begünstigung unter Strafe stellt, hat es die auf Realisirung eines wucherischen Vertrags gerichtete Tätigkeit eines Dritten zu einem delictum sui generis gemacht. Es wird nämlich in § 302c RStGB. bestimmt:

„Dieselben Strafen (§ 302a, § 302b) treffen denjenigen, welcher mit Kenntnis des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiterveräussert oder die wucherlichen Vermögensvorteile geltend macht."

Gerechtfertigt wird diese Bestimmung nach *Schwarze*, dem Verfasser des Kommissionsberichts, durch die vielfachen Manipulationen, deren erfahrungsgemäss die Wucherer sich bedienen, um durch dritte vorgeschobene Personen den wucherischen Gewinn einzuziehen, ohne sich selbst der Gefahr auszusetzen, als Wucherer signalisiert zu werden."[1])

Irrtümlich dagegen ist die Annahme *Schwarze's*, dass nach den Bestimmungen dieses Paragraphen die sog. „Zutreiber und Vermittler zu beurteilen sind;" der Kommissionsbericht selbst (I. Ber. S. 390) hebt ausdrücklich hervor, dass die „Zutreiber und Vermittler" nach anderen Bestimmungen zu beurteilen sind.

„ . . . Allein man glaubte, von einer weiteren Kasuistik umsomehr Abstand nehmen zu können, als diese Fälle zumeist nach den allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme und

---

[1]) Schwarze, Wucherges. Erlangen 1881 S. 77.

Begünstigung, welche hier zur Anwendung zu bringen sind, zu behandeln sein werden. Insbesondere werden nach diesen Bestimmungen (sc. über Teilnahme und Begünstigung) die sog. Zutreiber und Vermittler zu beurteilen sein."[1])

Der § 302c ist durch das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 in das RStGB. aufgenommen worden; durch die Novelle vom 19. Juni 1893 ist der Wortlaut des Paragraphen nicht geändert, der Tatbestand aber insoferne erweitert worden, als durch die Ausdehnnng des § 302a auf Rechtsgeschäfte, welche denselben wirtschaftlichen Zwecken, wie ein Darlehen dienen sollen, auch der Erwerb und die Weiterveräusserung von Forderungen der letzteren Art unter Strafe gestellt wurde.

Das Vergehen des § 302c wird in der Literatur teils mit dem Ausdruck „Mitwucher", teils mit „Nachwucher" bezeichnet; einige Autoren[2]) lassen beide Bezeichnungen nebeneinander gelten; in die Rechtssprechung wurde das Delikt unter der Bezeichnung „Mitwucher" eingeführt durch Reichsgericht, Urt. vom 25. IX. 1888 E XVIII, 100. *Freudenstein*[3]) gebraucht den Ausdruck „Komplottwucher", eine Bezeichnung, die deshalb als nicht ganz zutreffend erscheint, weil dieselbe auf ein von Anfang an gemeinsames Handeln der verschiedenen Täter hindeutet, welches nicht notwendig gegeben sein muss. Vorzuziehen dürfte die Bezeichnung „Nachwucher" sein, weil in ihr die zeitliche Aufeinanderfolge des Wuchers aus § 302a und des Vergehens aus § 302c deutlich zum Ausdruck gelangt. Der Tatbestand des Delikts ist in dem § 302c selbst nicht erschöpfend aufgestellt, indem die fehlende Bezeichnung dessen, was Objekt des Delikts ist, durch den Hinweis auf die vorangehenden §§ 302a und b ersetzt wird. Der Tatbestand des § 302c steht also in einem Abhängigkeitsverhältnis zum § 302a; dieses Abhängigkeitsverhältnis ist aber kein Accesorietätsverhältnis, wie ein solches bei der Begünstigung und Hehlerei in Bezug auf die Vortat gegeben ist.[4])

---

[1]) Vgl. Koffka, Wucherges. Berlin 1884 S. 75.

[2]) Frank, Strafgesetzbuch S. 246, Liszt, Lehrbuch 12 A S. 481.

[3]) Freudenstein, Die Reichswuchergesetze, Minden 1882, S. 109.

[4]) Vgl. hinsichtlich der Begünstigung Köhler, Begünstigung und Hehlerei, Ger. Samml. Bd. 61, Sep.-Abdr. S. 9 ff., Frank, Kom. z. RStGB. III. zu § 257 und analog. hinsichtlich der Anstiftung und Beihilfe, Frank. l. c. II 4 zu § 48, II 2 zu § 49.

Zu einer Bejahung der Frage der Accessorietät könnte man versucht werden durch die eminent analoge Beschaffenheit der Tatbestände des Nachwuchers einerseits und der unbestrittenermassen accesorischen Partirerei andrerseits; das Correlat für die beim letzteren Vergehen erforderte Sache, welche mittelst einer strafbaren Handlung erlangt ist, bildet beim Vergehen des Nachwuchers die durch einen Wucher erlangte Forderung und die Verschiedenheiten iu der Begehungsform beider Delikte sind nur solche, welche aus den wirtschaftlich verschiedenartigen Verfügungsformen über eine Sache einerseits und eine Forderung andrerseits resultiren.

Eine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen den Tatbeständen der §§ 259 und 302c liegt aber darin, dass bei der Partirerei (ebenso wie bei der Begünstigung und Beihilfe) vom Gesetze ausdrücklich eine von einem Andern begangene „strafbare Handlung“ vorausgesetzt wird, während § 302c nur eine Forderung „der vorbezeichneten Art“ voraussetzt, womit lediglich eine bestimmte objektive Eigenschaft der zu erwerbenden Forderung, nicht aber die Strafbarkeit der Tat des ursprünglichen Kontrahenten erfordert wird.

Nur die objektiven Tatbestandsmerkmale des Wuchers müssen von dem Täter des Vordelikts erfüllt und die bewusste Ausbeutung des Schuldners muss gegeben sein, um die Anwendbarkeit des § 302c auf den späteren Erwerber der Forderung zu begründen; dagegen machen den letzteren die dem ersteren etwa zur Seite stehenden Schuldausschliessungsgründe (§§ 51 ff.) nicht straflos, wie dies bei den accessorischen Delikten der Begünstigung und Hehlerei unbestrittenermassen der Fall ist. (Ausgenommen lediglich der aus der Unkenntnis der Notlage etc. abgeleitete Schuldausschliessungsgrund des § 59; Näheres hierüber s. unten in § 2.)

Ein accessorischer Charakter in dem Sinne, dass die Strafbarkeit des Täters des Vordelikts die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 302c wäre, und dass letzteres seine Strafbarkeit von einer durch einen Andern schuldhaft begangenen Haupttat ableite, kommt dem Vergehen des § 302c also nicht zu.

Von praktischer Wichtigkeit ist diese Frage deshalb, weil von ihrer Beantwortung die Entscheidung einer Reihe von anderen

teils materiellrechtlicher, teils prozessualer Fragen abhängt. In prozessualer Beziehung wird die Verneinung der Accessorietät zu der Verneinung der Frage führen müssen, ob zwischen dem Wucher aus § 302a und dem Nachwucher aus § 302c ein Zusammenhang im Sinne des § 3 RStPO. vorhanden ist und ob der aus § 302c Angeklagte als Zeuge in den Strafprozesse gegen den aus § 302a Angeklagten gemäss § 56 Ziffer 3 RStPO. unbeeidigt zu vernehmen ist.

I. Kapitel.
Der Tatbestand.

§ 2.
Das Objekt des Delikts.

(„Forderung der vorbezeichneten Art.")

Gemäss § 302c RStGB. wird unter Strafe gestellt der mit Kenntnis des Sachverhalts vorgenommene Erwerb mit darauffolgender Weiterveräusserung oder Geltendmachung einer „Forderung der vorbezeichneten Art", d. h. also einer Forderung der in §§ 302a, 302b bezeichneten Art. Der Begriff „Forderung" ist nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und kann wohl kaum zu Zweifeln oder Kontroversen Anlass geben; man versteht unter „Forderung" ein Schuldverhältnis, kraft dessen der eine Teil (Gläubiger) berechtigt ist, von dem anderen Teil (Schuldner) eine Leistung zu verlangen.[1])

Die Anwendbarkeit des § 302c setzt also ein (zum mindesten teilweise) noch unerfülltes Vertragsverhältnis voraus. Ist der wucherische Vertrag von Seiten des Bewucherten bereits vollständig erfüllt, sind die Vermögensvorteile bereits „gewährt", dann ist für die Anwendung des § 302c kein Raum mehr gegeben; denn wo der Schuldner bereits geleistet hat, da besteht keine Forderung mehr.

Diese — wie gezeigt werden wird — praktisch sehr wichtige Beschränkung des Tatbestands auf ein noch unerledigtes, unerfülltes Schuldverhältnis zwischen dem Wucherer einerseits und

---

[1]) Vgl. § 241 BGB.

dem Bewucherten andererseits ergibt sich aus der Tendenz des § 302c, die Fortsetzung oder Aufrechterhaltung des durch den wucherischen Vertrag geschaffenen strafrechtswidrigen Zustands unter Strafe zu stellen.[1])

Um nun die Definition für den Begriff der „Forderung der vorbezeichneten Art“ zu finden, wird man am einfachsten nach solchen Deliktsbegriffen im RStGB. suchen, welche einerseits der Strafvorschrift des § 302c tendenzverwandt sind und andererseits für analoge Begriffe eine Legal-Definition aufstellen; als solche erweisen sich das Vergehen des strafbaren Eigennutzes gemäss § 302 Abs. 3 RStGB. und das Vergehen der Partirerei gemäss § 259 RStGB. Beide Strafvorschriften sind unter sich und mit dem Vergehen des § 302c insofern geistesverwandt, als sie auf der ratio beruhen, die Perpetuirung der durch den Täter des Vordelikts herbeigeführten Rechtswidrigkeit als ein delictum sui generis, unabhängig von den allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme und Begünstigung, zu inkriminieren und zu pönalisieren; in beiden Gesetzesbestimmungen wird derjenige unter Strafe gestellt, der zu einer vitiosen Sache bezw. Forderung in ein bestimmtes, auf Kontinuirung des Verbrechenserfolges gerichtetes Verhältnis tritt; — dem § 302 ist der § 302c überdies nachgebildet, und angegliedert.

Folgt man nun, um das Tatbestandsmerkmal der „Forderung der vorbezeichneten Art“ festzustellen, der Definition des § 302 RStGB., so ergibt sich objektiv als Begriffsbestimmung einer solchen Forderung:

„eine Forderung, deren Berichtigung der Schuldner in der in § 302a oder b bezeichneten Weise versprochen hat“.

Dagegen wird man in Anlehnung an § 259 RStGB. zu der (objektiven) Begriffsbestimmung gelangen

„eine Forderung, welche durch einen wucherischen (§§ 302a, b) Vertrag erlangt ist.“

Beide Definitionen werden kaum ernstliche Bedenken gegen sich gelten lassen müssen; die erstere wird aber deshalb vorzuziehen sein, weil sie in präziser Form ausser Zweifel stellt, dass — aus noch zu erörternden Gründen — nur eine Forderung gegen den Vertragsgegner des Wucherers, gegen den Bewucherten, nicht

[1]) Vgl. die Terminologie „Nachwucher“, „Mitwucher“).

aber eine Forderung gegen einen Dritten, Objekt des Vergehens sein kann.

Dem Vergehen aus § 302c RStGB. muss also ein zwischen zwei anderen Rechtssubjekten geschlossener wucherischer Vertrag vorangehen. Dieser Vertrag muss, um die Anwendbarkeit des § 302c auf den Erwerber der Forderung zu begründen, objektiv die Tatbestandsmerkmale des Wuchers in sich vereinigen, und von dem Vortäter in Kenntnis der Notlage etc. des Schuldners und in bewusster Ausbeutung derselben abgeschlossen sein.[1])

Dies ergibt sich als selbstverständlich aus der Fassung des § 302c und wohl lediglich mit Rücksicht auf die Selbstverständlichkeit dieser Folgerung glaubte die Literatur fast ausnahmslos von einer Erörterung dieser Frage absehen zu können. Um so auffallender erscheint es, dass von *Stenglein-Appelius-Kleinfeller*[2]) die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird. Daraus, dass § 302c eine selbständige Straftat begründet, welche weder Teilnahme ist, „noch sonst in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu § 302a und b steht, als dass dieselben Strafmasse anzuwenden sind, . . . und dass die erworbene Forderung den Voraussetzungen jener Paragraphen entsprechen muss,“ zieht der genannte Kommentar den Schluss, dass:

„die rein subjektiven Gründe, welche möglicherweise den den Wuchervertrag Abschliessenden als straflos erscheinen lassen, z. B. Unkenntnis der Notlage des Schuldners, nicht auf den Erwerber zurückwirken, welcher diese Umstände kannte, also den Vertrag als einen wucherlichen erkannte.“

Seit dem 1. Januar 1900 ist gemäss Art. 47 EG. z. BGB. der § 3 des Wuchergesetzes aufgehoben und durch § 138 Abs. 2 des BGB. ersetzt worden. Nach § 138 Abs. 2 BGB., welcher den Tatbestand des § 302a RStGB. im Wesentlichen nachgebildet wurde, ist die (die Kenntnis notwendig in sich begreifende) „Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen“ zur ausdrücklichen und notwendigen Voraussetzung auch der zivilrechtlichen Nichtigkeit der Forderung gemacht worden, woraus sich durch argumentum ex contrario ergibt, dass Rechtsgeschäfte, welche zwar objektiv wucherisch

---

[1]) Vgl. Kahn, Reichswuchergesetz, Bamberg 1893 S. 37 not. 1.

[2]) Die strafrechtlichen Nebengesetze S. 723 not. 3.

sind, aber nicht unter Ausbeutung der Notlage etc. zu Stande gekommen sind, nicht nichtig, sondern vollkommen rechtsbeständig sind.

Gerade in dem Argumente, mit welchem der Verfasser missverständlicher Weise seine Ansicht zu begründen glaubt, liegt die Widerlegung derselben. Weil eben, um die Anwendbarkeit des § 302c herzustellen, „die erworbene Forderung den Voraussetzungen jener Paragraphen (302a, b) entsprechen muss," eben deshalb müssen alle Voraussetzungen des § 302a vorhanden sein, die erworbene Forderung muss also insbesondere, um den „Voraussetzungen jener Paragraphen" zu entsprechen, unter Ausbeutung der Notlage etc. eines Anderen entstanden sein, die Ausbeutung der Notlage setzt aber immer ihre Kenntnis voraus.[1]) Das Gesetz hat mit dem Ausdruck „Ausbeutung der Notlage etc." das Bewusstsein des Täters von der Notlage etc. des Anderen und den bewussten Vorsatz desselben, die Notlage etc. des Darlehensbedürftigen als kausal förderliche Faktoren für die Gewinnung übermässiger Vorteile zu missbrauchen, zu positiven und ausdrücklichen Erfordernissen des wucherischen Tatbestandes erhoben.[2])

Eine ohne Kenntnis der Notlage erlangte Forderung ist demnach keine wucherliche, kann also nicht Objekt des Deliktes nach § 302c sein.

Es bedarf daher nicht einmal des Umweges über § 59 RStGB., um die Wucherlichkeit einer Forderung, die Jemand ohne Kenntnis der Notlage sich hat versprechen lassen, zu verneinen; denn einer solchen Forderung fehlt das Tatbestandsmerkmal der Ausbeutung, welches bei § 302a zu den subjektiven, bei § 302c aber zu den objektiven Begriffsmerkmalen des Vergehens gehört.

Ebenso wie der Wortlaut des § 302c widerspricht auch dessen Sinn der oben wiedergegebenen Auffassung. Eine Forderung, welche zwar im auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht, und bei deren Entstehung der Schuldner zwar unter dem Einfluss seiner unwirtschaftlichen Eigenschaften (Notlage, Leichtsinn, Unerfahrenheit) gehandelt, bei deren Entstehung aber der

---

1) Reichsg.-Entsch. III S. 176.
2) Reichsg.-Entsch. XVIII 419.

Gläubiger keine dieser unwirtschaftlichen Eigenschaften gekannt hat, eine solche Forderung ist keine vitiose, sondern eine vollkommen rechtsgiltige, mit allen Wohltaten des civilrechtlichen Rechtsschutzes ausgestattete. Es würde sich also aus der offenbar irrtümlichen Aufstellung von *Stenglein-Appelius-Kleinfeller* die weitere Konsequenz ergeben: dass der Erwerb einer rechtsbeständigen und unanfechtbaren Forderung sich als ein mit Gefängnis und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bedrohtes Vergehen darstellt.

Demgegenüber muss daran festgehalten werden, dass nur der Erwerb etc. einer im objektiven Sinne wucherlichen und mit Ausbeutungsbewusstsein von dem Vortäter zur Entstehung gebrachten Forderung aus § 302c RStGB. zu bestrafen ist.

Dagegen ist eine „Forderung der vorbezeichneten Art“ als gegeben anzunehmen, wenn beim Vorliegen aller objektiven Tatbestandsmerkmale des Vordelikts und bei Ausbeutungsbewusstsein der Wucherer lediglich wegen des Vorhandenseins von Unrechts- oder Schuldausschliessungsgründen (§§ 51 ff.) oder Strafausschliessungsgründen oder Strafaufhebungsgründen z. B. Immunität, Verjährung nicht bestraft werden kann.

Dass nur der Erwerb etc. einer durch das Vergehen des Wuchers aus § 302a oder 302b entstandenen Forderung, nicht aber eine durch Sachwucher (§ 302e) entstandene Forderung aus § 302c strafbar ist, bedarf keiner Erörterung; der deutliche Wortlaut des § 302c, welcher nur die §§ 302a und 302b, nicht aber den § 302e citiert, lässt hierüber keinen Zweifel; insoweit der Erwerb etc. von Forderungen der letzteren Art, nicht unter den Bestimmungen über Begünstigung und Teilnahme subsumirt werden kann, ist er straflos.

Der oben aufgestellte Satz, dass der Erwerb und die Weiterveräusserung jeder Forderung, deren Berichtigung der Schuldner in der in §§ 302a. b bezeichneten Weise versprochen hat, aus § 302c RStGB. strafbar ist, bedarf jedoch der nachfolgenden einschränkenden Erläuterung:

1. Eine Forderung der „vorbezeichneten Art“ ist nicht vorhanden, wenn der Schuldner der Forderung nicht indentisch ist mit dem Bewucherten (oder seinem Rechtsnachfolger), sondern wenn die Leistung von einer Dritten, ausserhalb des wucherischen Vertrags stehenden Person geschuldet wird.

Praktisch wichtig ist diese Ausnahme weniger hinsichtlich solcher Forderungen, welche in „Bezug auf ein Darlehn oder die Stundung einer Geldforderung“ entstanden sind als vielmehr hinsichtlich jener Forderungen, welche erwachsen sind, in Bezug auf „ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll.“

Die Erfahrung lehrt nämlich, dass die weitaus häufigsten Fälle von Rechtsgeschäften der letzteren Art darin bestehen, dass der Geldbedürftige (Bewucherte), um sich rasch Geld zu verschaffen, Wechsel, welche ihm von Dritten (z. B. Kunden) ausgestellt, oder Hypotheken, welche ihm von dritten Schuldnern errichtet sind, und welche erst in längerer Frist zur Zahlung fällig werden, an den Wucherer mit einem derartigen Nachlass „verkauft“, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und der Tatbestand des § 302a gegeben erscheint.

Der Erwerb solcher Forderungen gegen einen Dritten kann aber als Erwerb von Forderungen der in §§ 302a, b bezeichneten Art nicht angesehen und als strafbar im Sinne des § 302c RStGB. nicht erachtet werden.

Es ergibt sich dies aus der Tendenz des Gesetzes und aus seiner Fassung.

Die — im Kommissionsbericht allerdings nur undeutlich zum Ausdruck gebrachte — Absicht des Gesetzgebers ging zweifellos dahin „den Wuchercomplotten entgegenzuarbeiten“ und den infolge seiner unwirtschaftlichen Eigenschaften schutzbedürftigen Schuldner gegen die Fortsetzung der wucherlichen Ausbeutung dadurch zu schützen, dass man den vorgeschobenen Dritten, der nachträglich die wucherliche Forderung erwirbt und geltend macht, unter Srafe stellte.

Diese Tendenz des Gesetzgebers trifft aber auf solche Fälle nicht zu, in welchen nicht der Bewucherte, sondern ein Dritter der Schuldner ist, (debitor cessus), welcher die von ihm geforderte Leistung rite schuldet und dem mit der Geltendmachung der Forderung weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Unrecht zugefügt wird. Der auf die Bezahlung der Forderung verklagte Dritte würde aus der Tatsache, dass die Forderung durch einen wucherlichen Vertrag von dem ursprünglichen Gläubiger auf den Wucherer und von diesem auf den nunmehrigen Kläger („Er-

werber“) übergegangen ist, nicht einmal eine zivilrechtliche Einrede ableiten können.

Der im § 302 c gebrauchte Ausdruck „Forderung“ bildet das Korrelat zu dem in § 302 a gebrauchten Ausdruck „sich versprechen lässt“, und nur wo ein noch unerfülltes „Versprechen“ des Schuldners (Bewucherten) im Sinne des § 302 a vorliegt, kann von einer „Forderung“ im Sinne des § 302 c die Rede sein.

In den Fällen aber, in welchen sich der aus § 302 a Schuldige zum Zwecke der Erlangung wucherlicher Vorteile Forderungen gegen Dritte abtreten, z. B. Kundenwechsel auf sich girieren lässt, hat er sich in dem Momente der Abtretung und durch den Vollzug der Abtretung die Vermögensvorteile bereits „gewähren“ lassen; bereits gewährte Vermögensvorteile können aber unmöglich als „Forderung“ im Sinne des § 302 c betrachtet werden.

Hätte der Gesetzgeber auch solche Fälle inkrimimieren wollen, so wäre statt des Ausdrucks „Forderung der vorbezeichneten Art“ wohl eine Ausdrucksweise zu finden gewesen, welche diese Absicht ausser Zweifel stellen würde.

2. Nicht unter § 302 c fällt ferner der Erwerb etc. von Forderungen, welche dem Täter des Vordelikts auf Grund des wucherlichen Vertrags gegen den Bewucherten zustehen, wenn der Rechtsbestand der Forderung durch ein civilgerichtliches Urteil rechtskräftig festgestellt ist (z. B. der Täter des Vordelikts klagt die Forderung gegen den Schuldner ein und tritt dieselbe nach Erlangung eines obsieglichen rechtskräftigen Urteils an den aus § 302 c Angeklagten ab.) Hiebei macht es keinen Unterschied, ob die Einrede des Wuchers vom Schuldner vorgebracht und vom Richter als unbegründet erklärt wurde, oder ob die Einrede vom Schuldner überhaupt nicht vorgebracht wurde oder ob der Rechtsstreit durch Versäumnisurteil erledigt wurde. Die an sich vielleicht wucherliche Forderung erwirbt durch die alle Einreden zerstörende res judicata die Eigenschaft einer rechtsgiltigen unanfechtbaren Forderung, sie hört auf, eine vitiose Forderung zu sein und ist in civilrechtlicher wie in strafrechtlicher Beziehung ein verkehrsfähiges Vermögensstück geworden; die Rechtskraft wirkt auch gegenüber dem Singularsuccessor.

Die Nichtanwendbarkeit des § 302 c auf rechtskräftig festgestellte Forderungen wird auch dann aufrecht erhalten werden

müssen, wenn man — der neueren insbesondere von *Hellwig, Wach, Binder* verfochtenen Theorie folgend — der res judicata ihre Eigenschaft als rechtserzeugender Faktor abspricht und ihr nur eine prozessuale Feststellungswirkung zubilligt; denn auch in diesem Falle ist durch die Rechtskraft des Urteils die vollständige Verkehrsfähigkeit der Forderung hergestellt. Da die zu Gunsten des Wucherers ergangene rechtskräftige Entscheidung auch zu Gunsten seines Rechtsnachfolgers, des „Erwerbers" wirkt, so kann auch gegen diesen aus der Wucherlichkeit der Forderung eine zivilrechtliche Einrede nicht mehr abgeleitet werden, was aus den oben erörterten Gründen auch die strafrechtliche Anfechtbarkeit des Erwerbs ausschliessen muss.

Man könnte gegen die Aufstellung, dass der Erwerb rechtskräftig zuerkannter wucherischer Forderung straflos sei, mit einem Scheine von Berechtigung einwenden, dass der Strafrichter gemäss § 261 RStPO. an die vorangegangene Entscheidung des Zivilrichters nicht gebunden ist,[1]) sondern über bürgerliche Rechtsverhältnisse, von deren Beurteilung die Strafbarkeit einer Handlung abhängt, selbständig zu entscheiden hat. Allerdings ist das Zivilurteil für den Strafrichter nicht präjudiziell; so z. B. wäre die Strafbarkeit des aus § 302a Schuldigen im Hinblick auf § 261 RStPO. keineswegs dadurch ausgeschlossen, dass der Zivilrichter in einem rechtskräftigen Urteil das Vorliegen eines Wuchers verneint hat. Aber die nach eingetretener Rechtskraft des zivilgerichtlichen Urteils vorgenommene Abtretung der zuerkannten Forderung kann weder gegen den Abtretenden noch gegen den Erwerber eine strafbare Handlung bilden und zwar um deswillen nicht, weil der zivilrechtliche Schutz den strafrechtlichen Schutz notwendig in sich schliesst; wo das bürgerliche Recht die Unanfechtbarkeit eines subjektiven Rechtes gewährleistet, muss auch die weitere Verwertung dieses Rechtes zulässig und straflos sein.

Aus diesem Grunde könnte auch der aus § 302a Angeklagte, der sich nach Erlangung eines rechtskräftigen obsieglichen Urteils die ihm zugesprochene — nach Ansicht des Strafrichters wucherlichen — Vorteile „gewähren lässt", aus dem Gesichtspunkte des „Sichgewährenslassens" wegen Wuchers nicht verurteilt werden, da Jeder berechtigt ist, eine unanfechtbare Forderung in Empfang

[1]) Reichsg. R. 8, 583.

zu nehmen oder geltend zu machen; aus dem gleichen Grunde kann auch eine Hehlerei an Sachen nicht begangen werden, die z. B. durch gewerbsmässiges Glücksspiel, Bettel, oder gewerbsmässige Unzucht erlangt sind, weil in diesen Fällen unanfechtbares Eigentum erworben wurde.[1])

3. Eine Forderung der in §§ 302a, 302b bezeichneten Art im Sinne des § 302c liegt nicht vor, wenn dem Täter des Vordelikts die wucherlichen Vorteile durch Errichtung einer Grundschuld gewährt wurden.

Gemäss § 1191 BGB. besteht eine Grundschuld darin, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu bezahlen ist. Im Gegensatz zur Hypothek (§ 1113 BGB.) setzt die Grundschuld keine Forderung voraus; sie gewährt nur ein Recht auf Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück, nicht aber das Recht auf Bezahlung gegen den Eigentümer des Grundstücks.

Derjenige, welcher von dem Wucherer die von dem Bewucherten errichtete Grundschuld erwirbt, tritt in das zwischen diesem und dem Schuldner bestehende Schuldverhältnis nicht ein, es kann daher von einer Fortsetzung des wucherlichen Handelns nicht die Rede sein, da die Person des Schuldners bereits vollkommen ausgeschieden ist; deshalb trifft auch die Tendenz des § 302c auf solche Fälle nicht zu. Auch der Wortlaut des Paragraphen trifft nicht zu, weil eine „Forderung“ zwei Rechtssubjekte voraussetzt, einen Gläubiger und einen Schuldner, während bei der Grundschuld nur dem Grundstück, nicht aber dem Grundstückseigentümer, Schuldnereigenschaft zukommt.

Das hinsichtlich der Grundschuld Gesagte trifft auch hinsichtlich der Rentenschuld zu (§ 1199 BGB.).

4. Nicht zu den „Forderungen der vorbezeichneten Art“ sind in der Regel auch diejenigen Forderungen zu rechnen, welche vor Inkrafttreten des Wuchergesetzes v. 24. V. 1888 bezw. der Novelle vom 19. VI 1893 entstanden sind.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 302c auf solche Forderungen mag wohl heute nicht mehr leicht praktisch werden, wenigstens insoweit nicht, als Forderungen in Betracht kommen,

---

[1]) Vgl. hierüber: Frank, Kom. z. RStGB. S. 350 not. 3 zu § 259. Köhler, Begünstigung und Hehlerei, Gerichtssaal L XI S. 65 des Separatabdrucks.

die vor dem Inkrafttreten des Wuchergesetzes v. Jahre 1880 entstanden sind; dagegen sind wohl noch Fälle denkbar, dass in Zukunft Forderungen an einen Anderen abgetreten waren. die aus Rechtsgeschäften herrühren, welche nicht durch das ursprüngliche Wuchergesetz von 1880, sondern erst durch die Novelle vom Jahre 1893 verpönt sind, (nämlich Forderungen aus einem Rechtsgeschäfte, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll, wie ein Darlehen) und welche vor dem Jahre 1893 entstanden sind.

Es wird also die Frage zu erörtern sein, ob der Erwerb solcher Forderungen, wenn deren Entstehung vor dem 19. Juni 1903 zurückliegt, nach diesem Zeitpunkt strafbar ist. Die Anwendbarkeit des § 302c auf Forderungen, die vor dem Inkrafttreten des Wuchergesetzes bezw. der Novelle entstanden sind, wird in der Litteratur teils bejaht[1]), teils (ohne weitere Begründung und offenbar in Anlehnung an den Kommissionsbericht und eine reichsgerichtliche Entscheidung) verneint[2]).

Mit Gründen versehen hat die verneinende Auffassung lediglich der Kommissionsbericht und das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung, allerdings mit Gründen, welche nicht ganz einwandfrei erscheinen.

Der Kommissionsbericht führt aus: (S. 390)

„Die Rechtbeständigkeit der Forderung kann nur nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung beurteilt werden; dieser Satz leidet auch auf die Fälle Anwendung, in denen eine vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstandene Forderung, welche die in § 302a bezeichneten Merkmale an sich trägt, nach dem Inkraftreten des Gesetzes von einem Dritten erworben wird, und dem letzteren die Verhältnisse und Umstände, unter denen sie zu Stande gekommen, bei der Erwerbung völlig bekannt sind. Der Dritte würde also hier befugt sein, die Forderung ihrem ganzen Inhalte nach geltend

---

[1]) v. Liszt, Strafr. 10. Aufl. S. 467, Meyer Strafr. 748, Binding. Bes. Teil, S. 453, Merkel, Dtsch. Strafrecht S. 341.

[2]) Kommissionsbericht d. deutsch. Reichst. 4. Legislaturper. II. Session S. 390 Reichsg.-Entsch. Bd. IV S. 110; v. Schwarze, Wucherges. S. 78; Henle, Wucherges. S. 26, München 1894; Olshausen, Komm., 6. Aufl. not. 3a zu § 302a; Koffka, Wucherges. S. 77 (Berlin 1894).

zu machen, ohne den Bestimmungen des vorgeschlagenen Gesetzes (§ 302a) zu verfallen."

Das Reichsgericht schliesst sich dem Kommissionsbericht an und macht weiter geltend, dass der Erwerb einer Forderung, welche zivilrechtlich unanfechtbar sei, nicht bestraft werden könne.

Es wird also sowohl vom Kommissionsbericht wie vom Reichsgericht die zivilrechtliche „Rechtsbeständigkeit der Forderung" als der Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 302c in's Feld geführt.

Uebersehen wird jedoch hiebei, dass wucherische Forderungen, welche vor dem Jahre 1880 (bezw. wenn sie sich nicht auf ein Darlehen oder die Stundung einer Geldforderung, sondern auf ein Rechtsgeschäft mit Darlehenszweck gründen, vor dem Jahre 1893) entstanden sind, auch vor dem Jahre 1880 bezw. 1893 keineswegs immer unanfechtbare, durch das Zivilrecht geschützte Forderungen gewesen sein müssen.

Nach dem Vorbilde des römischen Rechts, welches die contra bonos mores verstossenden Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt und gegen dieselben mit der condictio ob turpem causam Schutz gewährt hatte, haben das gemeine Recht, sowie andere, für deutsche Rechtsgebiete in Betracht kommenden Gesetzgebungen die gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte für ungültig erklärt. Die Verwerflichkeit des Wuchers war dem deutschen Volksbewusstsein auch vor dem Jahre 1880 nicht fremd; eine wucherische Forderung dürfte daher, insbesondere wenn die Ausbeutung eine sehr schamlose war, vor Inkrafttreten des Wuchergesetzes nicht immer eine durch das Zivilrecht geschützte unanfechtbare Forderung gewesen sein.

Da nun aber der Satz, dass § 302c auf Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Wuchernovellen entstanden sind, keine rückwirkende Kraft habe, lediglich mit der damaligen zivilrechtlichen Rechtsbeständigkeit solcher Forderungen begründet werden kann und begründet worden ist, so wird dieser Satz folgerichtig wohl folgende Einschränkung erfahren müssen:

§ 302c hat auf Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Wuchernovellen entstanden sind, insoweit keine rückwirkende Kraft, als diese Forderungen nach dem bürgerlichen Rechte, welches zur Zeit

und am Orte ihrer Entstehung Geltung hatte, rechtsbeständige Forderungen gewesen sind.

5. Endlich ist hier noch die Frage zu erörtern, ob derjenige der Strafe des § 302c verfällt, welcher im Inlande eine nach §§ 302a, 302b wucherische Forderung erwirbt, die in einem ausländischen, den Wucher nicht bestrafenden Rechtsgebiete entstanden ist. Diese Frage ist zu bejahen, weil § 302c lediglich voraussetzt, das die Forderung von der in §§ 302a, 302b bezeichneten „Art" ist, also die Tatbestandsmerkmale dieser Paragraphen trägt, nicht aber die konkrete Strafbarkeit des ursprünglichen Inhabers der Forderung zur Voraussetzung hat (also keine „Abhängigkeit von einer strafbaren Handlung" wie in §§ 259, 257).

§ 3.

„Erwerb" der Forderung.

Täter des Delikts ist derjenige, welcher die Forderung „erwirbt" und dieselbe sodann entweder weiter veräussert oder die wucherlichen Vermögensvorteile geltend macht.

1. Nur eine physische Person kann als Täter strafrechtlich in Betracht kommen.[1])

Erwirbt nun eine juristische Person (z. B. eine Aktiengesellschaft, ein Verein) eine Forderung von der Art der §§ 302a, b RStGB., so wird die Frage entstehen, ob die die Gesellschaft vertretenden Organe derselben, welche den Erwerbsakt für die juristische Person vollzogen haben, als Täter in Betracht kommen.

Die Täterschaft des Organs einer juristischen oder des gesetzlichen Vertreters einer physischen Person wird zweifellos zu bejahen sein, wenn nicht ein Vergehen aus § 302c, sondern ein solches aus § 302a, b in Frage kommen würde, denn nach diesem Paragraphen wird derjenige bestraft, der sich „oder einem Dritten" wucherliche Vermögensvorteile gewähren oder versprechen lässt; der gesetzliche Vertreter wäre also aus § 302a, b deshalb strafbar, weil er die wucherlichen Vorteile „einem Dritten" nämlich der von ihm vertretenen juristischen Person hat versprechen lassen.

Die Frage der Täterschaft des gesetzlichen Vertreters ist aber schwieriger zu beantworten, wenn es sich um das Vergehen

[1]) Vgl. Kahn, l. c. Anm. 1 zu § 302a.

des § 302c handelt. Kann von dem gesetzlichen Vertreter (etwa dem Organ einer Aktiengesellschaft), der für die von ihm vertretene Gesellschaft eine Forderung erworben hat, (ohne dass dem Sprachgebrauch Zwang angetan wird), gesagt werden, „dass er die Forderung erworben hat?

Der allgemeine Sprachgebrauch verbindet mit dem Ausdruck „ich habe (z. B. ein Haus) erworben", den Sinn, dass die fragliche Person das in Betracht kommende Objekt für sich erworben hat; von dem gesetzlichen Vertreter, der eine Forderung den von ihm vertretenen Rechtssubjekt hat abtreten lassen, kann also wohl nicht gesagt werden, dass er die Forderung erworben hat".

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man per argumentum ex contrario durch den Hinweis auf andere Bestimmungen des RStGB. Der Gesetzgeber hat bei anderen Delikten unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass es keinen Unterschied begründen soll, ob der Täter selbst oder eine andere Person der Destinatär der Verbrechensvorteile ist, z. B. §§ 253, 263, 302a („sich oder einem Dritten"), §§ 268, 349, („sich oder einem Andern"); andrerseits kommt in einer Reihe von Fällen des RStGB. nur derjenige (eingetretene oder beabsichtigte) Zweck oder Erfolg in Betracht, den der Täter zu seinen Gunsten — nicht zu Gunsten eines Dritten — herbeizuführen beabsichtigte, z. B. §§ 257, 258, 259 („seines Vorteils wegen"), § 180 („aus Eigennutz"), § 332 (Vorteile .... sich versprechen lässt").

Da nun nach § 302c nicht derjenige unter Strafe gestellt wird, der die Forderung „für sich oder einen Dritten" erwirbt, sondern nur derjenige, welcher „die Forderung erwirbt", so kann man weder durch Verbalinterpretation, noch durch logische Interpretation zu dem Resultate gelangen, dass der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person als Täter des § 302c zu betrachten ist.

Hiebei soll nicht verkannt werden, dass diese Beschränkung des Tatbestandes vielleicht den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechen mag; allein dieses Bedenken rechtfertigt nicht eine extensive, mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stehende Auslegung desselben.

Dasselbe praktische Bedenken würde übrigens entstehen, wenn der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft in Kenntnis des Sachverhalts eine wucherische Forderung erwirbt und, nachdem

ein Wechsel in der Person des Vorstands eingetreten, der neue gesetzliche Vertreter, gleichfalls in Kenntnis des Sachverhalts die wucherlichen Vermögensvorteile geltend macht; in diesem Falle könnte es im Hinblick auf den zusammengesetzten Tatbestand des § 302c überhaupt keinem Zweifel unterliegen, dass keiner der beiden Vertreter strafbar wäre, obwohl dies gleichfalls der Tendenz des Gesetzes zuwiderlaufen würde.

Aus den gleichen Erwägungen ist die Frage zu verneinen, ob der gesetzliche Vertreter einer natürlichen Person, welcher für den Vertretenen eine wucherliche Forderung erwirbt etc., (z. B. der Vormund für den Mündel) aus § 302c strafbar ist.[1])

2. Der Erwerb, (mit darauffolgender Geltendmachung etc.), einer Forderung von der Art der §§ 302a, b ist nur strafbar, wenn er sich auf die wucherlichen Vermögensvorteile erstreckt. Die durch ein wucherisches Geschäft entstandene Forderung ist also vollkommen verkehrsfähig und fällt nicht unter § 302c, insoweit der Erwerb (oder im Falle des Erwerbs der ganzen Forderung insoweit die spätere Geltendmachung) beschränkt wird:

1. auf das Kapital
2. auf die landesüblichen Zinsen
3. aber auch auf diejenigen Zinsen, welche den landesüblichen Zinsfuss zwar überschreiten, jedoch nicht dergestalt, dass das im § 302a bezeichnete Missverhältnis entsteht, (z. B. A leiht dem B 1000 M. gegen 30% Zinsen; C, welcher sich das Kapital nebst 7% Zinsen abtreten lässt und diese Forderung einklagt, ist aus § 302c nicht strafbar.[2])

3. Im praktischen Geschäftsleben werden sich häufig Fälle ergeben, in welchen die Frage, ob der Erwerb (und die Weiterveräusserung) der Forderung sich auf den nichtwucherlichen Teil desselben beschränkt, oder ob derselbe auch auf den wucherlichen Teil sich ausdehnt, nur schwierig zu beantworten ist. Die Erfahrung lehrt, dass die meisten Kreditwuchergeschäfte wechsel-

[1]) A. M. hinsichtlich der Strafbarkeit des Vormunds: Binding, Teil I S. 459, welcher unter Hinweis auf Reichsg.-E. 21, 434 die Strafbarkeit bejaht.

[2]) Ebenso: (hinsichtlich der Hauptforderung und „mässigen Zinsen“).
Komm. Ber. l. c. S. 390. Henle. l. c. S. 153, Schwarze l. c. S. 79., Koffka l. c. Not. 5 (Hauptforderung mit „üblichen Zinsen,“) Geyer, Grundriss II, 72. Olshausen, Komm. S. 1167.

mässig abgeschlossen werden; die Erfahrung lehrt ferner, dass nicht die Zahlung der ganzen Schuld in einem Wechsel versprochen wird, sondern, dass mehrere, zu verschiedenen Terminen fällig werdende Wechsel gegeben werden, einerseits um den Schuldner die Rückzahlung eher zu ermöglichen, andrerseits um den Gläubiger die Weiterveräusserung (Diskontierung) der Wechsel zu erleichtern (z. B. der Schuldner erhält 4000 M. und verspricht dagegen die Zahlung von 5000 M. in fünf je in Zwischenräumen von einem Monat fälligen Wechseln).

Wenn nun der Gläubiger die verschiedenen Wechsel an verschiedene den Sachverhalt kennende dritte Erwerber weitergibt) dann fragt es sich, inwieweit jeder der Giratare aus § 302 c zur Verantwortung gezogen werden kann? Falls sie in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken die Wechsel erworben haben, dann liegt zweifellos Mittäterschaft hinsichtlich des Vergehens aus § 302c vor. Falls aber jeder von ihnen, zwar in Kenntnis des vorangangenen Wuchergeschäfts, aber nicht im Zusammenwirken mit den Anderen, je einen Wechsel erworben hat, dessen Summe nicht einmal der Höhe des von dem Wucherer dargeliehenen Kapitals entspricht, dann hat keiner von ihnen im Sinne der obigen Erörterung — eine wucherische Fordernng erworben, denn die Kapitalsforderung nebst mässigen Zinsen ist nicht vitios.

Schwarze l. c. 79 äussert sich über die Frage, ob die Abtretung einzelner Teile der wucherischen Forderung unter den § 302 c fällt, wie folgt:

„Die Veräusserung . . . kann auch auf einzelne Teile der Forderung, welche die wucherische Eigenschaft an sich tragen, beschränkt sein; z. B. wenn nicht die ganze Forderung mit allen Nebenforderungen an Zinsen etc. abgetreten wird, sondern nur Zinsrückstand; wollte man eine solche teilweise Abtretung nicht unter das Gesetz stellen, so würde das Gesetz leicht umgangen werden“.

Mit dieser — auch in ihrem Tatbestand etwas unklaren — Deduktion ist für die Entscheidung obiger Frage nichts getan; denn, ob die abgetretene Teilforderung „die wucherische Eigenschaft an sich trägt,“ soll ja gerade untersucht werden; im übrigen gehört die Absicht, eine Umgehung des Gesetzes zu ver-

hindern, nicht zu den auf dem Gebiete des Strafrechts zulässigen Interpretationsbehelfen, sondern zu den de lege ferenda zu berücksichtigenden Gesichtspunkten.

Folgerichtig wird man wohl entscheiden müssen: Wenn eine wucherische Forderung (insbesondere Wechselforderung) zu mehreren Teilen an mehrere Erwerber abgetreten wird, ohne dass eine der abgetretenen Teilforderungen den Betrag des Kapitals nebst zulässigen Zinsen übersteigt, so macht sich regelmässig keiner der Erwerber, auch wenn er in Kenntnis des Sachverhalts die Forderung erwirkt und weiterveräussert, des Vergehens aus § 302 c schuldig, denn es wird keinem der Zessionare nachgewiesen werden können, dass gerade e r den wucherischen Teil der Forderung erworben hat. (Dass dieser Beweis in manchen besonders gelagerten Fällen doch erbracht werden kann, ist eine hier nicht weiter interessierende quaestio facti) und der Erwerber einer solchen Forderung wird sich in den meisten Fällen mit Erfolg dahin verteidigen können, dass der von ihm erworbene Teilbetrag ja nicht einmal der Höhe des Kapitals gleichkomme, also keine wucherische Forderung sei.

Dieses Ergebnis wird moralisch allerdings umsoweniger befriedigen, als der Umgehung des § 302 c dadurch ein weiter Spielraum geschaffen wird, und als auch die Bestimmungen über Teilnahme und Begünstigung praktisch in den meisten solchen Fällen versagen werden.

4. Der „E r w e r b“ einer „Forderung der vorbezeichneten Art“, setzt voraus, dass die Forderung bereits entstanden, das Vordelikt also bereits begangen ist.

Es müssen also zwei z e i t l i c h a u f e i n a n d e r f o l g e n d e rechtsgeschäftliche Akte vorgenommen werden, zuerst der Wucher aus § 302 a, und dann der Erwerb der durch den Wucher entstandenen Forderung. Geschieht beides in e i n e m Akte, lässt z. B. der Darlehensgeber die wucherische Forderung nicht sich, sondern einem Andern versprechen, dann ist gegen den letzteren § 302 c nicht anwendbar. In diesem Falle wären Beide aus § 302 a strafbar, der Darlehensgeber, weil er in Bezug auf ein Darlehen die in § 302 a bezeichneten Vorteile „e i n e m D r i t t e n“, und der Erwerber der Forderung, weil er diese Vorteile s i c h hat versprechen lassen.

5. Eine nicht in jeder Hinsicht unbestrittene Frage ist die, welche Erwerbsarten in Bezug auf die wucherliche Forderung den Tatbestand des § 302 c erfüllen.

Ubi lex non distinguit, judex distinguere non potest: es müssen mangels einer gegenteiligen Vorschrift des Gesetzes alle mit dem Willen des Erwerbers sich vollziehenden Erwerbsarten arten als zum Tatbestand des § 302c ausreichend erachtet werden. Es ist daher insbesondere gleichgiltig, ob die Forderung durch ein einseitiges oder zweiseitiges entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft erworben wird[1]).

Auch die zivilrechtliche Qualifikation des Erwerbstitels ist gleichgiltig und die Vorschrift des § 302 c erstreckt sich insbesondere im Gegensatz zu § 302 Abs. 3 nicht nur auf den gebräuchlichsten Fall des Forderungserwerbes, die Forderungsabtretung. Strafbar ist auch derjenige, der eine ihm als wucherlich bekannte Forderung auf Grund eines ihm gegen den Inhaber der Forderung zustehenden Vollstreckungstitels durch Gerichtsbeschluss pfänden und sich zur Einziehung überweisen lässt, denn gemäss §§ 328 ff. RCPO. wird derjenige, zu dessen Gunsten eine Forderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen wird, nach jeder Richtung der Inhaber der Forderung, er erwirbt die gepfändete Forderung. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Gläubiger die Forderung sich nicht zur Einziehung, sondern an Zahlungsstatt überweisen lässt; denn auch in diesem Falle hat er die Forderung „erworben."

Also nicht nur durch Vertrag, sondern auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft kann die Forderung im Sinn des § 302 „erworben" werden.

Auch derjenige, welcher sich (aussergerichtlich) eine Forderung verpfänden lässt, verfällt der Strafvorschrift des § 302 c, wenn er, nachdem die Voraussetzung des § 1228 Abs. 2 BGB. eingetreten, die Forderung einzieht oder sonst geltend macht. BGB. §§ 1280, 1281, 1282.

Dagegen kommen als „Erwerb" nicht in Betracht bloss obligatorische Verträge, durch die sich der Wucherer verpflichtet, die Forderung an einen andern abzutreten (pactum de cedendo);

---

[1]) Hälschner, d. gem. dtsch. Strafr. II, 1 S. 440, 441; Schwarze, l. c. S. 78; Stenglein, Appelius etc. l. c. No. 4; Henle, l. c. Not. 3; Oppenhoff, N. 3 zu § 302c; Olshausen, No. 1 zu § 302c.

denn ein solcher Vertrag begründet nicht den Erwerb der Forderung, sondern nur ein Anspruch auf künftigen Erwerb derselben.

Von der Litteratur vielfach erörtert, und im Einklange mit dem Kommissionsbericht, den Motiven und dem Reichsgericht[1]) fast allgemein bejahte Frage (vgl. die oben S. 21 Anm. 1 aufgeführten Autoren) ist die, ob auch der Erwerb durch Erbgang (und durch Vermächtnis) unter § 302c fällt. Anderer Meinung sind lediglich: *Liszt,*[2]) *Koffka.*[3])

Diese beiden Autoren glauben den Erwerb durch Erbgang deshalb aus dem Tatbestand des § 302c ausschliessen zu müssen, weil offenbar nur ein Ewerb „durch Vertrag“ gemeint sein könne. Während *Liszt* diese seine Meinung überhaupt nicht mit Gründen versieht, begründet *Koffka* dieselbe damit, dass das Erfordernis der Schlechtgläubigkeit, welches schon beim Erwerbe vorhanden sein muss, sich nur auf den Erwerb durch Vertrag beziehen könne.

Es stehen sich also zwei Meinungen gegenüber, nämlich die auf den Kommissonsbericht gestützte und vom Reichsgericht adoptirte herrschende Meinung, dass auch der Erwerb durch Erbgang und die Ansicht von *Liszt* und *Koffka* dass nur der Erwerb durch Vertrag unter die Strafvorschrift falle.

Beide Ansichten erscheinen unzutreffend. Einerseits kann der herrschenden Meinung nicht beigepflichtet werden, da nach dem klaren Wortlaut des § 302c der Tatbestand sich aus zwei dolosen Akten zusammensetzt, (nämlich den Erwerb „mit Kenntnis des Sachverhalts und der Weiterveräusserung etc. „mit Kenntnis des Sachverhalts,“) und da dolus subsequens nicht strafbar macht, so ergibt sich als Konsequenz des Erfordenisses der Schlechtgläubigkeit beim Erwerb, dass ein Erwerb ohne jedes Zutun des Angeklagten nicht gemeint sein kann. Indem sowohl der Erwerb der Forderung als die Weiterveräusserung sich als eine dolose Rechtswidrigkeit darstellen muss, so muss in dem Erwerb der Forderung schon ein unerlaubtes Tun liegen; denn sonst hätte es keinen Sinn, die Kenntnis des Sachverhalts

---

[1]) Urt. v. 6. X. 1903, E. Bd. 36, S. 374.

[2]) Liszt, 12. Aufl. S. 481.

[3]) Koffka, l. c. No, 3.

beim Erwerb als besonderes Tatbestandsmerkmal ausdrücklich hervorzuheben.

Nach §§ 1922, 1942 BGB. aber geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf die Erben über, (Anfall der Erbschaft) unbeschadet des Rechtes sei sie auszuschlagen; nach § 2176 entsteht auch die Forderung des Vermächtnisnehmers gleichtzeitig mit dem Erbfall, also mit dem Tode des Erblassers (Anfall des Vermächtnisses).

Der Erwerb der Erbschaft oder des Vermächtnisses erfolgt also nicht durch einen von der Person des Bedachten ausgehenden Erwerbsakt, also inbesondere nicht durch Antretung oder Annahme, sondern durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand, nämlich durch den Tod des Erblassers und im Momente des Todes; selbst wenn er später noch überflüssiger Weise eine ausdrückliche Annahmeerklärung abgibt, gilt der Erwerb der Erbschaft schon im Momente des Todes des Erblassers und nicht erst im Momente der Annahmeerklärung als vollzogen.

Weil also der Erwerb der Forderung sich ohne den Willen des Erwerbers vollzieht, deshalb kann es auch auf seine Kenntnis des Sachverhalts, auf sein Wissen, (das demnach im Moment des Todes des Erblassers vorhanden gewesen sein müsste) nicht ankommen. Der Kommissionsbericht sagt über diese Frage unter Ablehnung jeglicher Begründung lediglich (S. 390):

„Unter die vorgeschlagene Bestimmung fällt auch der Erbe, sobald er die durch Erbgang auf ihn gefallene Forderung mit Kenntnis von dem Sachverhalte geltend macht“,

setzt sich aber, indem er das Erfordernis des dolus erst auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Forderung verlegt, dabei in unlösbarem Widerspruch mit seiner an anderer Stelle niedergelegten Auffassung (S. 390):

„Die Kenntnis des Sachverhalts soll nach den Vorschlägen der Kommission bereits bei dem Erwerb der Forderung vorhanden sein, und auch bei der Geltendmachung fortdauern.“[1])

Das Reichsgericht begründet seine die Anwendbarkeit des § 302c für den Fall des Erwerbes durch Erbschaft bejahende Entscheidung im Wesentlichen damit, dass kein hinreichender Grund bestehe, von dem Wortlaut des Gesetzes abzuweichen.

[1]) Vgl. Koffka, l. c. S. 76.

(Die Fassung des Kommissionsberichtes hinsichtlich dieser Frage wird auch vom Reichsgericht als „ungenaue Ausdrucksweise“ bezeichnet.)

Demgegenüber muss aber daran festgehalten werden, dass nur ein Erwerb durch einen Willensakt, durch ein Handeln des Erwerbes, den Tatbestand erfüllt; ein solcher genügt aber auch in allen Fällen. Deshalb ist auch für den Fall des Erbganges § 302c dann anwendbar, wenn mehrere Erben zur Erbschaft berufen sind, und einer derselben bei der Erbteilung sich die wucherische Forderung absichtlich zuteilen lässt; denn diese Forderung hat dieser Erbe nicht im Momente des Todes des Erblassers, sondern erst durch die Teilung und durch einen eigenen Willensakt erworben.

Andrerseits aber kann auch der Ansicht von *Liszt* und *Koffka*, dass nur Erwerb durch Vertrag unter das Gesetz falle, nicht zugestimmt werden. Denn es ist weder aus der Tendenz des Gesetzes noch aus dessen Wortlaut abzusehen, warum nicht auch derjenige strafbar sein soll, der eine wucherische Forderung dolos pfändet und durch Gerichtsbeschluss sich überweisen lässt, die Forderung also durch einen einseitigen Akt und nicht durch Vertrag erwirbt; ebenso war bis zum 1. Januar 1900 die Strafbarkeit desjenigen ausser Zweifel, der in einem Rechtsgebiet, welches zur Giltigkeit einer Schenkung nicht die Annahme Seitens des Beschenkten erforderte (in welchem also die Schenkung kein Vertrag, sondern ein einseitiger Willensakt des Schenkens war), eine Forderung durch Schenkung erwarb.

Offenbar haben *Liszt* und *Koffka*, indem sie dem Erwerb durch Erbgang lediglich den Erwerb durch Vertrag gegenüber stellten, übersehen, dass auch noch andere, einseitige Erwerbsarten möglich sind, welche, ohne ein Vertragsverhältnis zu begründen zweifellos unter das Gesetz fallen.

Demgemäss kann gesagt werden: Sämtliche Erwerbsarten in Bezug auf die wucherische Forderung, sowohl Erwerb durch onerose, wie durch lukrative, durch einseitige, wie durch zweiseitige Rechtsgeschäfte, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wie von Todeswegen rechtfertigen die Anwendung des § 302c, sofern der Erwerb durch einen Willensakt des Erwerbers erfolgt ist.

In Hinblik auf den zusammengesetzten Tatbestand des § 302c,

welcher sowohl dolosen Erwerb als dolose Weiterveräusserung erfordert, wird § 302c nicht anwendbar sein, auf den Mündel, welcher eine wucherische Forderung, die der Vormund für ihn erworben, mit Kenntnis des Sachverhalts weiterveräussert oder geltend macht; denn wenn angesichts des gesetzlichen Tatbestands schon derjenige straflos ist, der bei dem Erwerb nicht dolos gehandelt hat, dann steht die Straflosigkeit dessen, der bei dem Erwerb überhaupt nicht mitgewirkt hat, ausser allem Zweifel.

Noch ist die Frage zu erörtern, ob auch ein vitioser Erwerb der wucherischen Forderung unter § 302c fällt (z. B. der aus § 302c Angeklagte erlangt die Forderung durch Betrug an dem Wucherer, oder durch Bewucherung des Wucherers, oder er stiehlt den wucherischen Wechsel und fälscht dss Giro). Die analoge Streitfrage ist hinsichtlich der Sachhehlerei mehrfach aufgeworfen worden und die herrschende Lehre hat sich dafür entschieden, dass z. B. das Stehlen oder Rauben der von dem Diebe gestohlenen Sache nicht als ein „Ansichbringen" im Sinne des § 259 anzusehen ist, dass vielmehr nur ein mit dem Willen des seitherigen Besitzers erfolgender, abgeleiteter Erwerb in Betracht kommen kann. Nur die auf derivativem Wege, durch Willensübereinstimmung zwischen Geber und Nehmer erlangte Verfügungsgewalt kann als ein „Ansichbringen" im Sinne des § 259 gelten; wird dagegen die Sache auf einem anderen Wege (z. B. durch Raub oder Diebstahl) in die Verfügungsgewalt eines Dritten gebracht, so setzt dieser nicht den durch die Handlung des Vortäters geschaffenen rechtswidrigen Zustand fort, sondern begeht ein neues, selbständiges Delikt.[1])

Dieselben Erwägungen aber treffen auf denjenigen zu, der eine durch Wucher entstandene Forderung auf rechtswidrige Weise sich verschafft; er begeht, wenn er sich die Forderung durch Betrug oder Bewucherung des Wuchers oder wenn er sich den Wucherwechsel durch Diebstahl verschafft, ein Vergehen des Betrugs oder des Wuchers oder des Diebstahls. Dagegen kann § 302c um deswillen nicht zur Anwendung kommen, weil in dieser Handlung nicht eine Perpetuierung des durch den Vortäter geschaffenen strafrechtswidrigen Zustands liegt, vielmehr im Gegenteil der Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Wucherers

---

[1]) So insbesondere Olshausen T. II Anm. 10a, Reichsg. R. IX, 711 E. 20 209.

und dem endlichen Erfolg unterbrochen wird. Eine Handhabe für diese Auslegung bietet auch die in Bezug auf den § 302c gebräuchliche Terminologie; denn bei gegenteiliger Auslegung wäre weder die Bezeichnung „Mitwucher“, noch „Nachwucher“, noch „Komplottwucher“ zutreffend.

Schliesslich hebt der Kommissionsbericht (l. c.) noch ausdrücklich hervor, (was übrigens mangels eines gegenteiligen Wortlauts des Gesetzes auch selbstverständlich ist), dass „die Bestimmung des § 302c sich nicht blos auf den Fall beziehe, wo die Forderung von dem ersten Kontrahenten an einen dritten abgetreten wird, sondern auf jeden Erwerber, auch wenn sein Vormann bereits ein späterer Inhaber der Forderung gewesen“.

Es kann insbesondere unter den früheren Inhabern der Forderung auch ein gutgläubiger gewesen sein, dessen bona fides die späteren den Sachverhalt kennenden Erwerber nicht schützt (vitium rei inhaerens).[1])

6. Endlich ist hier die für die Praxis nicht unwichtige Frage zu erörtern, ob auch der Scheinerwerb der Forderung den Tatbestand erfüllt, wenn die Forderung erworben wird durch eine nach Aussen hin vollgiltige Cession, während das Vertragsverhältnis nach Innen lediglich den Inhalt hat, dass der Erwerber der Forderung für den Veräusserer derselben die Forderung beitreiben soll.

(Besonders häufig sind diese Fälle des Inkassomandats im Wechselverkehr, indem der Inhaber des Wechsels, sei es um dem Schuldner die im Wechselprozess zulässigen Einreden abzuschneiden, sei es um sich nicht öffentlich blosszustellen, den Wechsel auf einen Anderen mit der Abmachung girirt, dass dieser den Wechsel einklagen und den Erlös ihm abliefern soll.)

In solchen Fällen liegt ein sog. fiduciarisches Rechtsgeschäft vor; der Cessionar wird nach Aussen hin mit stärkeren Rechten ausgestattet, als er in Wirklichkeit zufolge des Vertragsverhältnisses erworben hat, (nach Aussen hin ist er Inhaber der Forderung, nach Innen Beauftragter des Forderungsinhabers).[2])

Zweifellos ist hier der Tatbestand der (sachlichen) Begünstigung gegeben, wenn die Handlung begangen wird in der Absicht, dem

---

[1]) Friedmann, l. c. S. 110.

[2]) Vgl. § 117 Abs. 2 BGB. und die Kommentare hiezu.

Inhaber der Forderung die Vorteile des Wuchers zu sichern, auch Mittäterschaft oder Beihilfe liegt möglicherweise vor. Dagegen ist die Anwendbarkeit des § 302c zu verneinen. Die Frage, ob Jemand eine Forderung „erworben" hat, ist zu beurteilen nach dem Vertragsverhältnis, welches zwischen dem Veräusserer der Forderung einerseits und dem neuen Inhaber derselben andrerseits besteht. Die Frage dagegen, wer nach Aussen hin als Inhaber der Forderung auftritt, ist für die Beantwortung der Frage, ob ein Erwerb der Forderung stattgefunden hat, gleichgiltig; (so wird auch umgekehrt der „Erwerb" einer Forderung dann bejaht werden müssen, wenn der bisherige Forderungsberechtige die Forderung an einem Andern zedirt, jedoch mit diesem vereinbart, dass er für den Zessionar die Forderung beitreiben will.) Zu dieser Annahme führt auch § 117 Abs. 2 BGB. Der Inkassomandatar hat also, obwohl er nach Aussen hin als Inhaber der Forderung aufzutreten berechtigt ist, die Forderung nicht „erworben".

Im Allgemeinen wird man hinsichtlich der Scheingeschäfte sagen können:

Wird der Erwerb der wucherischen Forderung simuliert — § 117 Abs. 1 BGB. —, so liegt ein Erwerb im Sinne des § 302c nicht vor, wird dagegen eine von den Kontrahenten gewollte und vollzogene Erwerbshandlung dissimulirt, — § 117 Abs. 2 BGB. — so ist § 302c anwendbar.[1])

Der Strafrichter wird insbesondere dann, wenn es sich um wechselmässige wucherische Forderungen handelt, die Frage einer ernstlichen Prüfung unterziehen müssen, ob mit dem Giro des Wechsels auch der Uebergang der Forderung auf den Indossatar beabsichtigt war — eine Frage, die keineswegs als selbstverständlich zu bejahen ist, da die Indossirung eines Wechsels mit der Abtretung der dem Wechsel zu Grunde liegenden Forderung weder identisch ist, noch notwendig mit ihr zusammenfallen muss.

---

[1]) A. M. Henle, l. c. S. 153, welcher auch den Scheinerwerb ohne Angabe von Gründen für genügend erklärt.

§ 4.

„Weiterveräusserung" der Forderung und „Geltendmachung der wucherlichen Vorteile".

Zur Erfüllung des Tatbestands genügt nicht der Erwerb allein, sondern es muss als weiteres Tatbestandsmerkmal die weitere Disposition über die Forderung, entweder die Weiterveräusserung derselben, oder die Geltendmachung der wucherlichen Vorteile hinzukommen.

„Denn erst mit dieser Handlung wird der Erwerb nach aussen hin geltend gemacht und der Wille in das strafbare Verhältnis einzutreten, bestimmt bekundet"[1]).

Der legislative Grund für diese Kumulation des Tatbestands liegt nach dem Kommissionsberichte darin, dass der Erwerb auch in wohlmeinender Absicht geschehen kann (z. B. um einen Freund aus Wucherhänden zu befreien).

Die Weiterveräusserung wie die Geltendmachung der Forderung muss sich auf den wucherlichen Teil derselben erstrecken.

Wie derjenige nicht strafbar ist, welcher von einer wucherlichen Forderung nur einen das Kapital und zulässige Zinsen umfassenden Teilbetrag erwirbt und geltend macht, ebensowenig ist derjenige strafbar, welcher zwar die ganze wucherliche Forderung erwirbt, aber nur das Kapital mit zulässigen Zinsen weiterveräussert oder geltend macht[2]).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnten vielleicht in diese Hinsicht Zweifel insofern entstehen, als der Ausdruck „die wucherlichen Vermögensvorteile" nur als Objekt des „Geltendmachens" eingefügt, während als Objekt des „Weiterveräusserns" lediglich das Wort „dieselbe", also die Forderung, steht, und man könnte allenfalls aus dieser verschiedenen Behandlung der Weiterveräusserung und der Geltendmachung den Schluss ziehen, dass die Weiterveräusserung einer durch Wucher entstandenen Forderung immer, die Geltendmachung aber nur dann strafbar ist, wenn sie sich auf die wucherlichen Vermögensvorteile erstreckt.

Allein die Absicht einer solchen Unterscheidung lag dem Gesetzgeber zweifellos fern; wie bereits oben in Kap. II ausgeführt,

---

[1]) Komm. Ber. l. c. S. 390.

[2]) Ebenso Kahn, l. c. S. 38 not. 7; Henle, S. 153 not. 5; Komm. Ber. l. c.

kann als „Forderung der vorbezeichneten Art“ nur eine die Wucherzinsen mit umfassende Forderung in Betracht kommen, und schon deshalb kann der Tatbestand des § 302c auf denjenigen keine Anwendueg finden, welcher nur den nicht wucherlichen Teil weiter veräussert. Allerdings würde dieselbe Erwägung auf das „Geltendmachen“ zutreffen, und es könnte, auch wenn die Worte „die wucherlichen Vermögensvorteile“ aus dem Tatbestand weggeblieben wären, gleichwohl mit Rücksicht auf das in Kap. II Gesagte keine Zweifel bestehen, dass die Geltendmachung des nicht votiosen Teilbetrages straflos ist; die Einfügung dieser Worte in den Tatbestand war also überflüssig.

Hinsichtlich der Begriffe „Weiterveräussern“ und „Geltendmachen“ ist folgendes zu bemerken:

1. „Weiterveräusserung“ ist jede Uebertragung des Forderungsrechtes unter Lebenden an Andere, also Abtretung, Verpfändung, Schenkung; ebenso kann bei einer Erbteilung der Erbe, der einem Miterben die Forderung zuteilt, als Veräusserer in Betracht kommen (allerdings nur dann, wenn er selbst als „Erwerber“ der Forderung zu gelten hat, vgl. § 3).

Hinsichtlich der Weiterveräusserung eines wucherischen Wechsels durch Indossierung desselben gilt das nämliche, was über den „Erwerb“ durch Giro in § 3 gesagt wurde: nur dann, wenn durch das Giro kraft der vertraglichen Abmachungen die Forderung auf den Giratar übergegangen ist, liegt eine Weiterveräusserung“ vor. Erfolgt dagegen das Giro nicht zu dem Zwecke der Forderungsabtretung (z. B. als Scheingeschäft, Incassomandat), so ist dies keine „Weiterveräusserung.“ Wenn z. B. der Wucherwechsel, welcher von dem Wucherer an X ernstlich übertragen wurde, nachher von X an Y nur zum Zweck des Incassos girirt und von Letzterem eingeklagt wird, so ist X zwar aus § 302c strafbar, aber nicht weil er die Forderung an Y „weiterveräussert“ hat, sondern weil er die Forderung „geltend gemacht“ hat (nämlich durch Vermittelung des Y geltend gemacht hat).

Als selbstverständlicher Wille des Gesetzes muss angenommen werden, dass nur die absichtliche durch einen Willensakt des Veräusserers vollzogene Veräusserung strafbar ist. Ebensowenig wie der Erwerb durch Erbschaft, der sich ohne Zutun der

Erben vollzieht, ein „Erwerb“ im Sinne des § 302c, ist ebensowenig kann die ohne den Willen des Veräusserers geschehene Veräusserung unter § 302c fallen, z. B. wenn die Forderung in der Richtung gegen den Inhaber derselben gepfändet wird. Hinsichtlich der Weiterveräusserung trifft die Begriffsbestimmung zu, die oben hinsichtlich des Tatbestandmerkmals „Erwerb“ beanstandet wurde: nur die Veräusserung „durch Vertrag“ ist strafbar.

Auch derjenige, welcher eine wucherische Forderung erworben hat, und dann seinen Gläubiger absichtlich auf den Besitz dieser Forderung hinweist und dadurch die Pfändung der Forderung herbeiführt, würde nach dem Sinne des Wortes „weiterveräussern“ selbst dann nicht strafbar sein, wenn er die Pfändung in fraudem legis lediglich zu dem Zweck selbst herbeigeführt hat, um der Strafe des § 302 c zu entgehen, die ihm im Falle einer vertragsmässigen Abtretung treffen würde. Wenn dagegen der Erwerber der Forderung einen Anderen, der nicht sein Gläubiger ist, veranlasst, die Forderung auf Grund eines fingirten Vollstreckungstitels in der Richtung gegen ihn zu pfänden, so wäre § 302c anwendbar; denn in diesem Falle ist die Uebertragung der Forderung in Wirklichkeit durch Vereinbarung, also Vertrag erfolgt, und nur zum Schein in die Form einer Pfändung gekleidet worden. Es muss aber immer ein wirklicher Veräusserungsvertrag vorliegen; ein blosses pactum de cedendo begründet ebensowenig das Tatbestandsmerkmal der „Weiterveräusserung“, als es — vgl. § 3 — das Begriffsmerkmal des „Erwerbs“ erfüllt.

Endlich kann auch der Fall eintreten, dass die Forderung an den ursprünglichen Inhaber oder an einen früheren Inhaber desselben zurückveräussert wird; insbesondere im Wechselverkehr kommt es sehr häufig vor, dass der Name eines und desselben Giranten auf dem Wechsel mehrfach wiederkehrt.

Es fragt sich nun, ob die Zurückveräusserung der wucherischen Forderung an den früheren Inhaber desselben den Tatbestand des § 302c erfüllt.

Hier sind zweierlei Fälle zu unterscheiden und verschieden zu entscheiden:

a) Der Erwerber der Forderung veräussert dieselbe an denjenigen zurück, von dem er selbst sie erworben hat: in diesem Falle ist keine Schuld aus § 302c gegeben, weil der Ausdruck

„weiter veräussern“ notwendig auf eine dritte, von den beim Erwerb beteiligten beiden Kontrahenten verschiedene Person hinweist.

b) Der Erwerber der Forderung veräussert die Forderung nicht an denjenigen, der ihm die Forderung abgetreten hat, sondern an einem früheren Inhaber desselben (etwa an dem aus § 302a schuldigen Täter des Vordelikts): in diesem Falle ist Strafbarkeit aus § 302c gegeben, weil hier die Forderung an eine dritte, beim „Erwerb“ derselben nicht beteiligte Person veräussert, die Forderung also „weiter“ veräussert wird.

2. Während die Veräusserung die Ueberlassung der Forderung an einen Dritten ist, ist die Geltendmachung die selbsteigne Verfolgung des Anspruchs, (*Schwarze* l. c. S. 79).

a) Die „Geltendmachung“ ist jede auf Realisirung der Forderung gerichtete Tätigkeit des Gläubigers.

Für die Erklärung des Begriffes „Geltendmachung“ bietet der allgemeine Sprachgebrauch insofern die Handhabe zu einer restriktiven Interpretation, als die blosse Empfangnahme der wucherlichen Vorteile von vornherein aus dem Tatbestande ausscheiden muss. Der Wortsinn verbindet mit dem Begriff „Geltendmachen“ den Aufwand einer gewissen Energie; „Geltendmachung einer Forderung“ insbesondere ist die (wenn auch aussergerichtliche) Wahrung des Forderungsrechts gegenüber dem passiven oder böswilligen Verhalten des nicht leistenden Schuldners. Immer ist mit dem Begriff „geltend machen“ eine positive Tätigkeit, eine Bewegung gegen den Schuldner verbunden; das Tatbestandsmerkmal kann daher stets nur in einer Handlung, niemals in einer Duldung oder Unterlassung bestehen.

Demgemäss versteht man unter Geltendmachung insbesondere (diese Aufzählung ist nicht erschöpfend, sondern exemplifikativ):

die Klagestellung,

die Erwirkung eines Zahlungsbefehls,

die aussergerichtliche (auch mündliche) Mahnung, auch durch Präsentation oder Protestation eines Wechsels,

die Anmeldung im Konkurse,

die Anmeldung im Nachlassverfahren,

die Anmeldung im Subhastationsverfahren,

die Erklärung der Aufrechnung,

jede Vollstreckungshandlung.

Kahn[1]) will die aussergerichtliche Mahnung nur in einzelnen Rechtsgebieten als „Geltendmachung" betrachtet wissen (offenbar nur in denjenigen, in welchen die aussergerichtliche Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung geeignet ist), woraus sich dann ergeben würde, dass nach Einführung des BGB., welches durch aussergerichtliche Mahnung keine Unterbrechung der Verjährung zulässt, in der Mahnung überhaupt kein „Geltendmachen" zu erblicken wäre. Diese Beschränkung des Tatbestands findet in dem Wortlaut des Gesetzes keine Stütze; da dasselbe zwischen gerichtlicher und aussergerichtlicher, zwischen rechtserheblicher und rechtsunerheblicher Geltendmachung nicht unterscheidet, besteht kein Anlass, nicht auch eine einfache Mahnung als Geltendmachung des Forderungsrechtes zu betrachten.

Dagegen sind von dem Tatbestand auszuschliessen diejenigen Fälle, in welchen der Schuldner ohne jedes positive Zutun des Erwerbers der Forderung bei Fälligkeit die Schuld bezahlt und der letztere den Schuldbetrag lediglich annimmt. Der Gläubiger, der den Geldbrief oder die Postanweisung zum Zwecke der Tilgung der Forderung einfach in Empfang nimmt, hat eine „Geltendmachung" der Forderung, die nach obigen Ausführungen immer in einem gegen den Schuldner gerichteten Handeln bestehen muss, nicht begangen. Desgleichen wird man bei gegenseitigen Ansprüchen von einer Geltendmachung nicht sprechen können im Falle der Aufrechnung, wenn die Aufrechnungserklärung nicht von dem Gläubiger der wucherischen Forderung, sondern von dem Schuldner betätigt wird und der erstere die Aufrechnungserklärung lediglich annimmt.

Durch diese unabweisbar durch den Wortlaut des Gesetzes gebotene Einschränkung ergibt sich (zweifellos gegen die Absicht des Gesetzgebers), die Straflosigkeit einer grossen Reihe von Fällen, ohne dass aus subjektiven oder objektiven Gründen ein gesetzgeberischer Grund hiefür gegeben wäre; denn es ist nicht abzusehen, inwiefern es einen Unterschied begründen soll, ob der Erwerber der Forderung den Schuldner vorher auf Zahlung gemahnt hat, oder ob er von dem freiwillig leistenden Schuldner den Schuldbetrag in Empfang nimmt. Es ist anzunehmen, dass

[1]) Kahn, l. c. Not. 9. zu § 302c.

der Gesetzgeber, wenn er die Straflosigkeit dieser Fälle in den Bereich seiner Erwägungen gezogen hätte, dem Tatbestand des § 302c die Worte beigefügt hätte „.... oder sich gewähren lässt."

Um so bedauerlicher ist dieses — es darf wohl gesagt werden — gesetzgeberische Versehen, als praktisch hierdurch gerade die Fälle des Erwerbs einer durch qualificirten Wucher (§ 302b) entstandenen Forderung straflos bleiben müssen, indem gerade diejenigen Schuldner, welche die pünktliche Zahlung unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen, versprochen haben, am häufigsten ohne vorherige Zwangsmassregeln oder sonstige Geltendmachungshandlungen des Gläubigers freiwillig bezahlen werden.

b. Wie oben schon bei Erläuterung des Begriffs „Forderung der vorbezeichneten Art," erörtert wurde, kann nur die Geltendmachung der Forderung gegen den ursprünglichen (bewucherten) Schuldner und dessen Rechtsnachfolger unter das Gesetz fallen, nicht aber die Geltendmachung gegen ein dritte, ausserhalb des Wuchervertrags stehende Person. Wenn also der Bewucherte zum Zwecke der Erfüllung des wucherischen Vertrages Forderungen die ihm in unanfechtbarer Weise gegen dritte Personen zustanden, abgetreten hat, und dieser sie wieder an einen andern abgetreten hat, so kann auch in der Geldendmachung (oder Weiterveräusserung) der Forderung eine strafbare Handlung nicht erblickt werden.

§ 5.

Der subjektive Tatbestand.

(„mit Kenntnis des Sachverhalts.")

Zum subjektiven Tatbestand wird erfordert, dass die Forderung „mit Kenntnis des Sachverhalts" erworben wird.

1. Während das RStGB. bei der überwiegenden Mehrzahl der vorsätzlichen Delikte das Erfordernis des dolus nur negativ durch die Vorschrift des § 59 aufstellt und das Nichtvorhandensein desslben lediglich einen Strafausschliessungsgrund bildet, gehört § 302c zu jener kleinen Gruppe von Delikten, bei welchen das Erfordernis des dolus zum Bestandteil des gesetzlichen Tatbestandes erhoben ist. (Vgl. z. B. RStGB. §§ 153, 154, 164, 187, 257, 302, 327.)

Wer ohne Kenntnis des Sachverhalts eine Forderung erwirbt, und geltend macht, wäre schon durch die Vorschrift des § 59 gegen die Verurteilung geschützt; dagegen hat die ausdrückliche Aufnahme des dolus in den Tatbestand des § 302c die folgenden, teils prozessualen, teils materiellen Konsequenzen.

a. In prozessualer Beziehung:

Nach § 266 Abs. 2 RStPO. müssen, wenn in der Verhandlung solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände behauptet waren, welche die Strafbarkeit ausschliessen, vermindern oder erhöhen, die Urteilsgründe sich darüber aussprechen, ob diese Umstände für festgestellt oder nicht festgestellt erachtet werden.

Demgemäss ist es im allgemeinen nicht erforderlich, dass das Urteil die Kenntnis des Angeklagten von den den Tatbestand bildenden Zatumständen ausdrücklich feststellt, soferne der Angeklagte die Unkenntnis derselben nicht behauptet hat, (z. B. ist bei § 176 Ziff. 3 und 182 RStGB. nicht erforderlich, dass das Urteil die Kenntnis des Angeklagten von dem Alter der missbrauchten Person bezw. des verführten Mädchens ausdrücklich feststellt[1]).

Beim Vergehen des § 302c aber bildet nicht nur die Unkenntnis der Tatumstände einen Strafausschliessungsgrund (Unrechtsausschliessungsgrund) im Sinne des § 59, vielmehr ist die Kenntnis des Sachverhalts ein in die Begriffsbestimmung des Vergehens aufgenommenes Tatbestandsmerkmal, dessen Nichtvorhandensein nicht vom Angeklagten behauptet, sondern dessen Vorhandensein von der Anklage behauptet und im Urteil festgestellt werden muss. (§ 266 RStPO.)

b. in materiellrechtlicher Beziehung:

Da die „Kenntnis“ des Sachverhalts vom Gesetze ausdrücklich erfordert wird, so ergibt sich, dass das Vorgehen aus § 302c nicht mit dolus eventualis begangen werden kann.

Es ist hier nicht der Ort, auf die viel umstrittene Lehre vom dolus eventualis näher einzugehen. Man mag den dolus eventualis richtig bezeichnen als einen auf dem Grenzgebiet

[1]) Vg. R. Bd. IV. S. 5, IV S. 9, I S. 134 VI S. 307 E. X S. 337. Loewe, Komm. z. RStPO. 9. Aufl. S. 648.

zwischen dolus und culpa liegenden Seelenzustand, welcher einen engeren Tatbestand als der Vorsatz und einen weiteren Tatbestand als die Fahrlässigkeit umfasst. Theorie und Rechtsprechung mögen auch mit Recht in dieser psychischen Zwischenstufe (unter gewissen Voraussetzungen) einen dem dolus gleichzustellenden Verbrechenswillen erblicken.

Nachdem einmal unser StGB. an dem schweren Mangel leidet, dass es nur zwei Schuldformen kennt, dolus und culpa, mag man de lega lata auch berechtigt sein, die erwähnte psychische Zwischenstufe unter den Begriff des dolus zu subsumiren, da der Wortlaut des § 59 der Gleichstellung dieser beiden Schuldformen (des dolus und des dolus eventualis) nicht gerade entgegensteht.

Dagegen muss der dolus eventualis als unzulänglich bezeichnet werden bei allen denjenigen Delikten, zu deren gesetzlichen Begriffsmerkmalen ein bestimmtes „Wissen“ oder eine bestimmte „Kenntnis“ verlangt wird. Die herrschende Lehre, welche den dolus enventualis nur da ausgeschlossen wissen will, wo ein Handeln „wider besseres Wissen“ vorausgesetzt wird (§§ 164, 187 RStGB., § 7 unlaut. Wettbew. Gesetz), dürfte in der Anwendung des dolus eventualis zu weit gehen. Die Begriffe „dolus“ und „dolus eventualis“ sind im eminentesten Sinne theoretische Begriffe und deshalb kann der Theorie umsomehr das Recht zugestanden werden, auf doktrinärem Wege die Lücken des Gesetzes auszufüllen, als unser StGB. die Schuldform des Vorsatzes in dem — überdies noch negativ gefassten — § 59 nur in einer unzulänglichen und für die Bedürfnisse der Praxis keineswegs ausreichenden Weise festgestellt hat.

Anders aber liegt die Sache hinsichtlich der einzelnen Strafvorschriften des speziellen Teils des RStGB., hinsichtlich der Auslegung der Tatbestandsmerkmale. Hier hat zunächst die Verbalinterpretation, die Auslegung des Gesetzestextes, Platz zu greifen und in den Fällen, in welchen die „Kenntnis des Sachverhalts“ zu den gesetzlichen Begriffsmerkmalen gehört, hat lediglich untersucht zu werden, was unter dem Begriff „Kenntnis“ zu verstehen ist, ohne dass es auf die von der Theorie für die allgemeine Doluslehre aufgestellten Grundsätze über den dolus eventualis anzukommen hätte.

Der Begriff „Kenntnis" oder „Wissen" ist aber von dem Begriff „Vermutung" oder „Zweifel" oder „Fürmöglichhalten" ein durchaus verschiedener. Derjenige, der (hinsichtlich des Tatbestands) auf dem Standpunkt steht: „mag es so oder anders sein, auf jeden Fall handle ich"[1]), hat den Tatbestand vermutet, vielleicht auch für wahrscheinlich gehalten, aber er hat ihn nicht „gekannt". Da aber § 302c die „Kenntnis des Sachverhalts" als Begriffsmerkmal des Delikts aufgestellt hat, so ist für dieses Vergehen dem dolus eventualis der Boden entzogen. Zu annähernd demselben Resultat — allerdings ohne Begründung — gelangt auch *Schwarze*[2]): „Es wird eine bestimmte Kenntnis verlangt; allgemeine Vermutungen, z. B. Kenntnis von dem wucherischen Gewerbe des Vormanns oder ersten Gläubigers reichen nicht hin".)

2. Unbestritten dagegen ist, dass der dolus subsequens zum Tatbestand des § 302c nicht ausreichend ist:

mala fides superveniens non nocet.

Wer eine wucherische Forderung ohne Kenntnis dieser Eigenschaft erwirbt und dieselbe dann nach erlangter Kenntnis weiter veräussert oder geltend macht, ist nicht strafbar. Der Wortlaut des § 302c lässt einen Zweifel hierüber nicht aufkommen.

Diese Beschränkung des Tatbestands auf solche Fälle; in welchen die Kenntnis des Sachverhalts bereits beim Erwerb der Forderung vorhanden war, ist praktisch und logisch nicht zu billigen; sie ist auch von den Kommentatoren mehrfach missbilligt worden.[3])

Lediglich *Schwarze*[4]), billigt diese ganz unmotivirte Einschränkung des gesetzlichen Tatbestands und motivirt dieselbe im Einklang mit seinem Kommissionsbericht wie folgt: „Es gelangen hier dieselben Rechtssätze zur Anwendung, welche bei der Partirerei für die Frage über den dolus subsequens des gutgläubigen Erwerbers massgebend sind und auf welche in dem Kommissionsbericht ausdrücklich verwiesen wird."

---

[1]) Frank, Komm. S. 104.

[2]) Schwarze, l. c. S. 78.

[3]) Frank, Komm. S. 426: „dolus subsequens reicht leider nicht aus, „Stenglein etc. Nebengesetze S. 722 „. . . die Ansicht entspricht der Wortfassung des Gesetzes, nicht aber seiner Tendenz."

[4]) Schwarze, l. c. S. 78.

Diese Verweisung auf die über die Partirerei geltenden Grundsätze erscheint jedoch durchaus verfehlt.

Uebersehen wird hiebei, dass das Vergehen aus § 302c einen zusammengesetzten Tatbestand hat und aus zwei Einzelhandlungen (Erwerb und Geltendmachung) besteht, während die Tätigkeit des der Partirerei Schuldigen regelmässig aus einer Handlung (Ankauf, Verheimlichung, Ansichbringen etc.) besteht und dass es daher sinnwidrig wäre, denjenigen der erst nach Begehung dieser einen Handlung in dolo (oder in culpa, falls man mit *Frank*[1]) oder *Köhler*[2]), Fahrlässigkeit bezw. grobe Fahrlässigkeit entgegen der herrschenden und zutreffenden Ansicht als ausreichend erachten sollte) versirt, mit Strafe zu belegen; dies würde sich schon nach dem Grundsatze „ohne Schuld keine Strafe“ verbieten. Gerade in den Ausnahmefällen aber, in welchen das konkrete Vergehen der Partirerei aus mehreren Einzeltatbeständen sich zusammensetzt, ist es zur Verurteilung ausreichend, wenn der dolus nur bei der späteren Handlung gegeben ist. wer z. B. die gestohlene Sache gutgläubig ankauft, und hernach dieselbe bösgläubig verheimlicht, ist aus § 259 strafbar.[3]) Der Hinweis *Schwarze's* auf § 259 beweist also gerade das Gegenteil.

In der Tat lässt sich eine logische Begründung dafür nicht finden, dass der dolus schon bei der Erwerbshandlung gegeben sein muss; de lege ferenda würde es sich empfehlen, dem à 302c die Fassung zu geben „Wer eine von ihm erworbene Forderung der vorbezeichneten Art mit Kenntnis des Sachverhalts weiterveräussert . .“[4]).

3. Die „Kenntnis des Sachverhalts“ muss sich auf diejenigen Vorgänge erstrecken, welche der Forderung den Charakter einer

---

[1]) Frank, S. 53.

[2]) Köhler, Sep. Abdr. S. 76.

[3]) Frank, l. c. S. 353, RGE. 33, 120.

[4]) Noch weiter geht Binding (Dtsch. Straf., Besond. Teil I S. 459), der de lege ferenda nicht nur den bestraft wissen will, der die gutgläubig erworbene wucherische Forderung bösgläubig geltend macht, sondern auch denjenigen, der sie mit Kenntnis dieser ihrer Eigenschaft erwirbt, um sie in ihrer übermässigen Grenze „zu haben“; die Vorschrift des § 302c bezeichnet Binding als eine „verfehlte Satzung“.

wucherlichen verleihen[1]). Die Kenntnis muss den objektiven wie den subjektiven Tatbestand des § 302 a (302 b) umfassen.

Der Täter muss also insbesondere wissen, dass die Forderung unter „Ausbeutung“ der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners entstanden ist; kennt z. B. der Erwerber die Notlage des Schuldners, gibt sich aber der Ueberzeugung hin, dass der ursprüngliche Gläubiger sie bei Abschluss des Geschäfts nicht gekannt habe, dann ist er aus § 302 c nicht strafbar, selbst dann nicht, wenn der ursprüngliche Gläubiger die Notlage wirklich gekannt hat, denn in diesem Falle hat der Erwerber keine Kenntnis von der (subjektiven) „Ausbeutung.“ Es genügt aber, wenn der Erwerber die den Tatbestand des Wuchers erfüllenden Vorgänge im Allgemeinen gekannt hat; eine bis in alle Details reichende Kenntnis wird nicht erfordert (so auch die Ansicht sämtlicher Kommentatoren hinsichlich der Begünstigung und Hehlerei). Wenn z. B. der Erwerber hinsichtlich der Höhe des Zinsfusses sich im Irrtum befand, so hat seine Verurteilung gleichwohl zu erfolgen, wenn der von ihm gekannte Zinsfuss sich schon als ein übermässiger im Sinne des § 302c darstellt. Desgleichen ist, wenn der Täter des Vordelikts sowohl die Notlage als den Leichtsinn des Schuldners ausgebeutet hat, der Erwerber auch dann strafbar, wenn er nur von der Ausbeutung einer dieser unwirtschaftlichen Eigenschaften des Schuldners Kenntnis hatte.

Hat der Erwerber, wenn das Vordelikt qualifizirter Wucher war, die die Straferhöhung begründenden Umstände (z. B. „verschleiert“ auf „Ehrenwort“) nicht gekannt, so hat seine Bestrafung nur im Strafrahmen des § 302a zu erfolgen.

---

[1]) Henle l. c. S. 152, Schwarze S. 78.

Zweites Kapitel.

Strafe, qualifiziertes Delikt, Konkurrenzfragen.

§ 6.

Die Strafe.

Die Strafe des Vergehens aus § 302c ist:

a) wenn das Vordelikt ein einfacher Wucher aus § 303a ist: Gefängnis von einem Tag bis zu sechs Monaten Gefängnis und zugleich Geldstrafe von drei Mark bis zu dreitausend Mark.

b) wenn das Vordelikt ein qualifizierter Wucher aus § 302b ist: Gefängnis von einem Tag bis zu einem Jahre und zugleich Geldstrafe von drei Mark bis zu sechstausend Mark,

wobei in beiden Fällen die Kumuliernng der Geldstrafe und der Gefängnisstrafe obligatorisch und die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von einem Jahre bis zu fünf Jahren fakultativ zulässig ist (§ 32 RStGB.).

c) wenn das Vordelikt eine Einzelhandlung aus dem Kollektivdelikt des § 302d ist, wenn also die Forderung durch gewohnheits- oder gewerbsmässigen Wucher entstanden ist, dann kommt nicht die erhöhte Strafe des § 302d, sondern nur je nach Lage des Falles die Strafe des § 302a oder § 302b zur Anwendung. Dies ergibt sich unzweideutig aus dem in den § 302c eingefügten Zitat: „Dieselben Strafen (§ 302a, § 302b) treffen.“

§ 7.

Das qualifizierte Delikt des § 302d.

Wenn Gewerbs- oder Gewohnheitsmässigkeit auf Seiten des Erwerbers der Forderung vorliegt, d. h. wenn der Angeklagte

gewerbs- oder gewohnheitsmässige Forderungen der im § 302 a, b bezeichneten Art erwirbt und dieselben dann weiterveräussert oder geltend macht, dann ist qualifizierter Nachwucher nach § 302d gegeben und es tritt die erhöhte Strafe dieses Paragraphen ein: Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren und zugleich Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark. Auch muss auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden — der einzige Fall in unserem RStGB., in welchem bei einem Vergehen die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte obligatorisch ist. Wird jedoch wegen Vergehens aus § 302c und d auf Gefängnis von weniger als drei Monaten erkannt, (was nur im Falle der Beihilfe möglich ist), so ist trotz der obligatorischen Vorschrift des § 302d der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht auszusprechen, da die Vorschrift des § 32 vom Gesetzgeber zweifellos auf alle Delikte ausgedehnt werden wollte.[1])

Allerdings ist diese Annahme um deswillen nicht zwingend, weil § 32 hinsichtlich der Gefängnisstrafe nur von denjenigen Fällen spricht, in welchen das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich (fakultativ) zulässt, während der Fall, dass der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte geboten ist, nicht erwähnt wird, woraus man dann den Schluss ziehen könnte, dass der Gesetzgeber das Erfordernis der Minimalgrenze von 3 Monaten Gefängnis nur auf die Vergehen mit fakultativem Ehrverlust, nicht aber auf den Fall des obligatorischen Ehrverlustes angewendet wissen wollte.

Allein nach dem Geiste des Gesetzes ist anzunehmen, dass dasselbe diese schwere Ehrenstrafe in allen Fällen nur mit einer Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten verbinden wollte, und die Tatsache, dass in § 32 der Text nicht lautet „. . . zulässt oder gebietet“ (wie in § 45) erklärt sich daraus, dass vor der Wuchernovelle im RStGB. ein Delikt, bei welchem neben der Gefängnisstrafe der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte obligatorisch war, nicht existierte.

Die Frage übrigens, ob die Straferhöhung des § 302d auch auf den Nachwucher nach § 302c Anwendung findet, ist nur deshalb zu bejahen, weil in § 302c durch die Einführung des

[1]) So auch Reichsger.-Entsch. XIX, 203.

Zitats: Wer den Wucher (§§ 302a bis 302c) „. . . eine deutliche Legalinterpretation geschaffen ist, über die sich der Richter nicht hinwegsetzen darf.

Es ist aber nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber sich mit den den § 302d einleitenden Worten einer ungenauen Ausdrucksweise bedient hat, die einer contradictio in adjecto fast gleichkommt.

Mag man den Begriff „Wucher“ mit *Frank* — l. c. S. 423 — definiren als die Uebervorteilung einer Person mit Bezug auf ein Darlehen, eine Stundung einer Geldforderung oder ein gleichen Zwecken dienendes Rechtsgeschäft unter Ausbeutung ihrer Notlage, ihres Leichtsinns oder ihrer Unerfahrenheit,“ oder mag man eine andere Definition geben, niemals wird der Tatbestand des § 302c unter den Begriff „Wucher“ sinngemäss subsumirt werden können.

Das Vergehen des § 302c ist ebensowenig Wucher, wie das Verbrechen nach § 252 oder § 255 Raub ist, sondern ein dem Wucher gleich zu bestrafendes Vergehen; präziser hätte das Gesetz sich ausgedrückt, wenn es in § 302d statt der Einfügung des auf den Begriff „Wucher“ nicht zutreffenden Citates „§§ 302a bis § 302c“ sich der Wendung bedient hätte „Wer den Wucher oder das Vergehen des § 302c gewerbsmässig betreibt,“ (ähnlich wie das Gesetz sich in § 258 und 246 der Ausdrucksweise bedient hat: „Raub oder ein dem Raub gleich zu bestrafendes Verbrecheu“ bezw. „Räuber oder gleich einem Räuber“).

Das Reichsgericht hat mit Urteil vom 5. September 1888[1]) die Anwendung der straferhöhenden Umstände des § 302d auf das Vergehen des Nachwuchers gleichfalls bejaht, jedoch nicht mit der einfachen und unwiderlegbaren Begründung, dass das Citat „§§ 202a bis 302c“ zur Bejahung dieser Frage zwingt, sondern mit einer zum Teil nicht einleuchtenden Begründung. Insbesondere erscheint die zur Begründung herangezogene Erwägung nicht ganz einwandsfrei, dass das Reichswuchergesetz selbst in seinem Artikel 3 die Bezeichnuug „Wucher“ auf das Vergehen des § 302c angewandt habe. Aus dem Wortlaut des Artikel 3 ergibt sich dies nämlich keineswegs mit Notwendigkeit, es heisst dort „hiefür sind diejenigen, welche sich des Wuchers

[1]) Entsch. Bd. 18 S. 100.

schuldig gemacht haben, solidarisch verhaftet, der nach § 302c des Reichsstrafgesetzbuchs Schuldige jedoch nur in der Höhe des von ihm . . . . Empfangenen.“ Sinn und Wortlaut dieser Gesetzesstelle lassen ebenso gut die Auslegung zu, dass der „aus § 302 Schuldige“ denjenigen, welche sich „des Wuchers“ schuldig gemacht haben, gegenübergestellt werden wollte.

§ 8.

Konkurrenzfragen.

Die Möglichkeit des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen gibt Anlass zur Erörterung sowohl der Frage, ob und inwiefern § 302c mit anderen Delikten konkurriren kann, als auch der weiteren Frage, inwieweit ein oder mehrere Tätigkeitsakte die einmalige oder mehrfache Anwendung des § 302c rechtfertigen.

A. Was zunächst die letztere Frage betrifft, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Der aus § 302c Angeklagte erwirbt durch einen Erwerbsakt mehrere wucherische Forderungen und veräussert dieselben einzeln durch mehrere Veräusserungshandlungen oder derselbe erwirbt durch mehrere Erwerbsakte mehrere wucherische Forderungen und veräussert dieselbe durch einen Veräusserungsakt.

Hier fragt es sich, ob Realkonkurrenz oder Idealkonkurrenz oder überhaupt nur ein Vergehen vorliegt?

Realkonkurrenz wird trotz der mehrfachen selbständigen körperlichen Tätigkeit nicht anzunehmen sein, weil weder der Erwerb noch die Weiterveräusserung (Geltendmachung) für sich allein, sondern nur beide Begriffsmerkmale zusammengenommen den objektiven Tatbestand des § 302c begründen, und unter mehreren „selbständigen Handlungen“ nur solche Handlungen zu verstehen sind, deren jede den objektiven Tatbestand des Verbrechens konsumirt.

Dagegen ist andrerseits nicht nur ein Vergehen des Nachwuchers, sondern mehrere unter sich in (gleichartiger) Idealkonkurrenz stehende Vergehen anzunehmen, da hinsichtlich jeder einzelnen Forderung je ein gesonderter realer Erfolg, also mehrere gleichartige Erfolge, eingetreten sind.

Demgemäss liegt Idealkonkurrenz vor.

2. Es werden durch mehrere Erwerbsakte mehrere wucherische Forderungen erworben, die aber alle aus einem und demselben von dem Täter des Vordelikts abgeschlossenen Wuchergeschäfte herrühren und die so erworbenen Forderungen werden dann, jede für sich, einzeln weiterveräussert oder geltend gemacht.

Hier fragt es sich ob Realkonkurrenz gegeben ist, oder ob in Hinblick auf das Abhängigkeitsverhältnis, in welchem § 302c zu den vorangehenden § 302a, b steht, die mehreren auf ein Vordelikt sich beziehenden Nachdelikte nicht als ein Vergehen aus § 302c zu behandeln sind.

Die Beantwortung dieser Frage wird von der Entscheidung der prinzipiellen Frage abhängen, ob das Vergehen des § 302c in Bezug auf die §§ 302a, b, in einem Accessorietätsverhältnis steht. Da jedoch diese Frage, wie in § 1 dargetan, verneinend beantwortet werden muss, so besteht, gegen das Vorliegen von Realkonkurrenz kein Bedenken.

B. Hinsichtlich des möglichen Zusammentreffens des § 302c mit anderen strafbaren Tatbeständen sind folgende Fälle hervorzuheben:

Das Vergehen aus § 302c kann zusammentreffen mit dem Vergehen des Wuchers aus § 302a, b RStGB. und zwar kann dasselbe konkurriren:

a) mit Wucher begangen durch Mittäterschaft z. B. (indem der eine Mittäter von dem andern dessen Anteil an der wucherischen Forderung nach Entstehung derselben cediren lässt.)

b) mit Anstiftung zum Wucher,

c) mit Beihilfe zum Wucher,

In allen diesen Fällen wird, wenn die Teilnahme am Vordelikt und der Erwerb der Forderung aus mehreren selbständigen Handlungen bestehen, Realkonkurrenz anzunehmen sein, da die Annahme, die Teilnahme am Vordelikt habe gegenüber § 302c konsumirende Kraft, in dem Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet.

d) Endlich ist die Frage zu erörtern, ob der Alleintäter des Vordelikts durch späteren Wiedererwerb der Forderung auch aus § 302c zu bestrafen ist (z. B. A lässt sich von dem geldbedürftigen B einen wucherischen Wechsel ausstellen und begibt

denselben weiter, durch Weitergirirung gelangt der Wechsel an A zurück, der ihn bei Fälligkeit einklagt.)

Trotz des Vorliegens aller den Tatbestand des § 302c begründenden Merkmale ist A nur wegen Wuchers aus § 302a zu verurteilen und sowohl Realkonkurrenz als Idealkonkurrenz mit § 302c ist zu verneinen.

Hier steht die konsumirende Wirkung des § 302a ausser Zweifel, denn derjenige, der sich in wucherischer Weise eine Forderung versprechen lässt, begeht mit der Geltendmachung dieser Forderung keine neue strafbare Handlung; die Geltendmachung der Forderung durch den Wucherer selbst ist eine auf Herbeiführung des Verbrechenserfolgs gerichtete und als solche straflose Zusatzhandlung, die durch den Tatbestand des § 302a konsumirt wird. Ist aber die Geltendmachungshandlung durch die Anwendung des § 302a bereits verbraucht, so kann sie für die Konstruirung des Tatbestandes des § 302c nicht mehr verwertet werden; es bleibt daher für den objektiven Tatbestand des letzteren Vergehens nur noch der Erwerb der Forderung über, der aber allein ohne spätere strafbare Geltendmachung oder Weiterveräusserung den Tatbestand nicht erfüllt.

2. Idealkonkurrenz von § 302c und § 302 Abs. 3 ist gegeben, wenn beim Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale des § 302c der Bewucherte minderjährig war, die Forderung von dem aus § 302c Schuldigen durch Abtretung (und nicht durch eine andere Erwerbsart) erworben wurde, und wenn das Vordelikt ein qualifizirtes Vergehen nach § 302b war, indem die wucherlichen Vorteile unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen versprochen wurden (nicht aber wenn sie verschleiert oder wechselmässig versprochen wurden).

Dass in diesem Falle Idealkonkurrenz und nicht Gesetzeskonkurrenz vorliegt, ist bei der Verschiedenheit der Tatbestandsmerkmale des § 302 und 302c wohl selbstverständlich, da § 302 Abs. 3 zu § 302c weder im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis noch in einem andern die echte Idealkonkurrenz ausschliessenden Verhältnis steht. Die Bestrafung erfolgt ausschliesslich aus § 302a und b, da die dort angedrohte Strafe um deswillen die strengere ist, weil bei gleich hoher Gefängnisstrafe (Maximum

ein Jahr) der § 302 c mit b eine höhere Geldstrafe (6000 statt 3000 M.) androht als der § 302 und weil überdies in § 302 b Gefängnis- und Geldstrafe kumulativ, in § 302 aber nur wahlweise angedroht sind;

3. Idealkonkurrenz mit § 302 c und dem Vergehen der Begünstigung aus § 257 RStGB. ist gegeben, wenn zu dem Vorsatz, die Forderung zu erwerben und geltend zu machen, noch der weitere Vorsatz hinzutritt, dem Wucherer Beistand zu leisten, um ihn der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile des Wuchers zu sichern.

Auch in diesem Falle ist die Strafe stets aus § 302 c, d. h. also indirekt aus § 302 a oder 302 b, zu bemessen, selbst dann, wenn der Begünstiger den Beistand seines Vorteils wegen geleistet hat.

Zwar ist in § 302 c, a nur eine Gefängnisstrafe im Höchstbetrage von sechs Monaten, in § 257 dagegen eine solche von einem Jahre und bei der erschwerten Begünstigung eine solche von fünf Jahren vorgesehen.

Der Strafrahmen des § 257 hat jedoch nur eine relative Giltigkeit; es darf keinesfalls auf eine strengere Strafe erkannt werden, als die auf die begünstigte Handlung selbst angedrohte.

Die Strafe für Begünstigung des Wuchers ist also: im Falle des § 302 a Geldstrafe bis zu 600 M. oder Gefängnis bis zu sechs Monaten, im Falle des qualifizirten Wuchers Geldstrafe bis zu 600 M. oder Gefängnis bis zu einem Jahre (bei erschwerter Begünstigung ausschliesslich Gefängnis bis zu sechs Monaten bezw. einem Jahre).

Die Strafe des Vergehens aus § 302 c dagegen ist Gefängnis bis zu sechs Monaten bezw. bis zu einem Jahre und Geldstrafe und (fakultativ) Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte — also zweifellos im Sinne des § 73 RStGB. die schwerere Strafe.

4. Endlich ist auch der Fall denkbar, dass § 302 c mit Sachhehlerei ideal konkurriert, dann nämlich, wenn der Träger der wucherischen Forderung ein Wechsel oder ein Hypothekbrief oder ein Inhaberpapier ist, (nicht aber wenn mit der Cession der Forderung der Schuldschein mit übergeben wird, da dieser nicht der Träger der Forderung, sondern nur eine Beweisurkunde ist.)

Die Ansicht, dass derjenige, der einen wucherischen Wechsel

denselben weiter, durch Weitergirirung gelangt der Wechsel an A zurück, der ihn bei Fälligkeit einklagt.)

Trotz des Vorliegens aller den Tatbestand des § 302c begründenden Merkmale ist A nur wegen Wuchers aus § 302a zu verurteilen und sowohl Realkonkurrenz als Idealkonkurrenz mit § 302c ist zu verneinen.

Hier steht die konsumirende Wirkung des § 302a ausser Zweifel, denn derjenige, der sich in wucherischer Weise eine Forderung versprechen lässt, begeht mit der Geltendmachung dieser Forderung keine neue strafbare Handlung; die Geltendmachung der Forderung durch den Wucherer selbst ist eine auf Herbeiführung des Verbrechenserfolgs gerichtete und als solche straflose Zusatzhandlung, die durch den Tatbestand des § 302a konsumirt wird. Ist aber die Geltendmachungshandlung durch die Anwendung des § 302a bereits verbraucht, so kann sie für die Konstruirung des Tatbestandes des § 302c nicht mehr verwertet werden; es bleibt daher für den objektiven Tatbestand des letzteren Vergehens nur noch der Erwerb der Forderung über, der aber allein ohne spätere strafbare Geltendmachung oder Weiterveräusserung den Tatbestand nicht erfüllt.

2. Idealkonkurrenz von § 302c und § 302 Abs. 3 ist gegeben, wenn beim Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale des § 302c der Bewucherte minderjährig war, die Forderung von dem aus § 302c Schuldigen durch Abtretung (und nicht durch eine andere Erwerbsart) erworben wurde, und wenn das Vordelikt ein qualifizirtes Vergehen nach § 302b war, indem die wucherlichen Vorteile unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen versprochen wurden (nicht aber wenn sie verschleiert oder wechselmässig versprochen wurden).

Dass in diesem Falle Idealkonkurrenz und nicht Gesetzeskonkurrenz vorliegt, ist bei der Verschiedenheit der Tatbestandsmerkmale des § 302 und 302c wohl selbstverständlich, da § 302 Abs. 3 zu § 302c weder im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis noch in einem andern die echte Idealkonkurrenz ausschliessenden Verhältnis steht. Die Bestrafung erfolgt ausschliesslich aus § 302a und b, da die dort angedrohte Strafe um deswillen die strengere ist, weil bei gleich hoher Gefängnisstrafe (Maximum

ein Jahr) der § 302 c mit b eine höhere Geldstrafe (6000 statt 3000 M.) androht als der § 302 und weil überdies in § 302 b Gefängnis- und Geldstrafe kumulativ, in § 302 aber nur wahlweise angedroht sind;

3. Idealkonkurrenz mit § 302 c und dem Vergehen der Begünstigung aus § 257 RStGB. ist gegeben, wenn zu dem Vorsatz, die Forderung zu erwerben und geltend zu machen, noch der weitere Vorsatz hinzutritt, dem Wucherer Beistand zu leisten, um ihn der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile des Wuchers zu sichern.

Auch in diesem Falle ist die Strafe stets aus § 302 c, d. h. also indirekt aus § 302 a oder 302 b, zu bemessen, selbst dann, wenn der Begünstiger den Beistand seines Vorteils wegen geleistet hat.

Zwar ist in § 302 c, a nur eine Gefängnisstrafe im Höchstbetrage von sechs Monaten, in § 257 dagegen eine solche von einem Jahre und bei der erschwerten Begünstigung eine solche von fünf Jahren vorgesehen.

Der Strafrahmen des § 257 hat jedoch nur eine relative Giltigkeit; es darf keinesfalls auf eine strengere Strafe erkannt werden, als die auf die begünstigte Handlung selbst angedrohte.

Die Strafe für Begünstigung des Wuchers ist also: im Falle des § 302 a Geldstrafe bis zu 600 M. oder Gefängnis bis zu sechs Monaten, im Falle des qualifizirten Wuchers Geldstrafe bis zu 600 M. oder Gefängnis bis zu einem Jahre (bei erschwerter Begünstigung ausschliesslich Gefängnis bis zu sechs Monaten bezw. einem Jahre).

Die Strafe des Vergehens aus § 302 c dagegen ist Gefängnis bis zu sechs Monaten bezw. bis zu einem Jahre und Geldstrafe und (fakultativ) Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte — also zweifellos im Sinne des § 73 RStGB. die schwerere Strafe.

4. Endlich ist auch der Fall denkbar, dass § 302c mit Sachhehlerei ideal konkurriert, dann nämlich, wenn der Träger der wucherischen Forderung ein Wechsel oder ein Hypothekbrief oder ein Inhaberpapier ist, (nicht aber wenn mit der Cession der Forderung der Schuldschein mit übergeben wird, da dieser nicht der Träger der Forderung, sondern nur eine Beweisurkunde ist.)

Die Ansicht, dass derjenige, der einen wucherischen Wechsel

oder eine durch Wucher entstandenen Hypothekenbrief dolos an sich bringt, der Partirerei sich schuldig macht, mag vielleicht auffallend erscheinen, sie wird sich aber de lege lata kaum widerlegen lassen.

Dass der Begriff „Sache“ im Sinne des § 259 nicht anders auszulegen ist, wie im Sinne des § 242 oder 246 ist unbestritten, Nun ist aber der Wechsel oder das Hypothekendokument zweifellos eine bewegliche körperliche Sache, die als solche des Besitzes, der Besitzentziehung und der Vindication fähig ist; eine solche Urkunde ist also zweifellos ein Objekt, das Gegenstand des Diebstahls, der Unterschlagung und der Partirerei sein kann.[1])

Der § 259 unterscheidet nicht, durch welche strafbare Handlung die Sache erlangt wurde, die Strafvorschrift bezieht sich also ebenso auf denjenigen, der einen durch Wucher erlangten Wechsel, wie auf denjenigen, der einen gestohlenen Wechsel an sich bringt.

Köhler[2]) betont gleichfalls, dass eine durch Wucher erlangte Sache Objekt des § 259 sein kann.

Steht nun der Tatbestand des § 259 in unserem Falle ausser Zweifel, so ist nur noch die Frage zu erörtern, ob auch die Anwendbarkeit des § 259 gegeben ist, oder ob die Bestrafung aus § 259 im Hinblick auf den Satz lex spezialis derogat legi generali wegzufallen hat.

Sie hat nicht wegzufallen, vielmehr liegt Idealkonkurrenz vor. Der § 302c steht zu § 259 schon um deswillen in keinem Spezialitätsverhältnis, weil das Objekt des Delikts in beiden Realen ein ganz verschiedenes ist (hier „Sache“, dort „Forderung“).

Selbstverständlich ist die Aufzählung dieser möglichen Konkurrenzfälle nur als eine exemplifikative, nicht als eine erschöpfende gedacht.

---

[1]) Reichsger. 11. II. 1881 E. III 344 bejaht gleichfalls die Unterschlagung an einem Hypothekendokument.

[2]) Köhler, l. c. Sep. Abdr. S. 62.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 62.

Iniuria und Beleidigung.

Eine Vorarbeit zur Bestimmung des Begriffes der Beleidigung.

Von

Dr. jur. Kasimir Thiel,

Rechtsanwalt.

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Iniuria und Beleidigung.

Eine Vorarbeit zur Bestimmung des Begriffes der Beleidigung.

Motto:
„Aber die Behandlung der Injurie ist ein Meisterstück nicht blos der Rechtswissenschaft, sondern vor allem der rechtlichen Praxis und heutzutage ein beschämendes Attestat dafür, dass der Fortschritt des Menschengeschlechts immer zugleich ein Rückschritt ist.“ Mommsen.

Von
Dr. jur. Kasimir Thiel,
Rechtsanwalt.

BRESLAU 1905.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von **Professor Dr. Birkmeyer,**
München.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalts-Verzeichnis.

Vierter Teil.

Die Familie der Injurien.

Erster Abschnitt.

Zweiter Abschnitt.

Dritter Abschnitt

Vierter Abschnitt.

Literatur-Verzeichnis.

Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiet der Strafrechtswissenschaften. 1836.
Abegg in Goltdammers Archiv. 1863. S. 675 f.
Arnold Bernhard, Das alte römische Theatergebäude. Würzburg 1872/73.
Audibert, Raoul, Funérailles et sépultures. Paris 1885.
Becker Göll, Gallus 1880—1882.
Bethmann-Hollweg. Der Zivilprozess des gemeinen Rechtes in geschichtlicher Entwicklung. Band I–III. 1864—66.
Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. 1902.
— Die Normen und ihre Uebertretung. II. Band. 1877.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. II. Aufl. 1902.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl. 1873 ff.
Brissonius, De verborum quae ad ius civile pertinent significatione. ed. Heineccius. 1743.
Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit. Berlin. 1875.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 1887—92.
Bruns, Fontes. 5. Aufl. 1887.
Buchka im Gerichtssaal 26. 1874. S. 523 ff.
Christ I. A., De admenatione. Diss. Lips 1679.
Colin, Des fiançailles. 1887.
Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht. Zürich 1885.
Cropp, Commentarius ad praecepta iuris Ramani de conatu. 1813.
Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsgutes der Pietät. Berlin 1890.
Cuiacii Opera. Prati (Giachetto) 1836–1844.
Czyhlarz in Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandekten. Serie der Bücher 41. 42. 1887.
Darwin, Abstammung des Menschen. Gesammelte Werhe. Uebers. von Carus. Band 5 und 6. Stuttgart 1875.
Degenkolb, Platzrecht und Miete. 1867.
Demelius in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I.

Demelius in Savignys Zeitschrift. Neue Folge II. 1 f.
Dernburg, Die Emtio bonorum. Heidelberg 1850.
— Festgaben für A. W. Heffter 1873.
— Pandekten. 6. Aufl. 1900.
Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung der „Quellen des röm. Rechts" 1823.
Duker, De latinitate iuris consultorum veterum 1711.
Ehrenfels in der Polit. Anthrop. Revue 1903 No. 6. S. 461. 463.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Berlin 1903.
Ephemeris epigraphica. Corp. Inscr. Lat. suppl. Edita iussu Inst. Arch. Rom. 1872 ff.
Fayout Joseph, Du jus sepulcri. Paris 1884.
Ferrini im Archivio Giuridico, 1883 S. 30. 448. 456. 472.
Feuerbach-Mittermaier, Lehrbuch des peinlichen Rechts. 14. Aufl. 1847.
Forcellini, Totius Latinitatis Lexicon. 1858–60.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 3. und 4. Aufl. 1903.
Friedländer, Sittengeschichte. 5. Aufl. 1881.
Geib, Geschichte des römischen Kriminalprozesses. 1842.
— im „Neuen Archiv für Kriminalrecht". 1847. S. 370.
Georges, Handwörterbuch. 7. Aufl. 1879–82
Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. I. 1885.
Gothofredus, Codex Theodosianus, ed. Leipzig. Weidmann. 1736.
Günther L., Ueber die Hauptstadien der geschichtl. Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung. 1884.
— Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. I–III. 1889–1895.
Hälschner, System des preussischen Strafrechts. I und II. 1858 und 1868.
— Das gemeine deutsche Strafrecht. II. 1884—1887.
Haillant, Die römischen Privatstrafen. 1884.
Haubold, Epist. de ritu obvagulationis apud Romanos. repet. in Opusc. Lips. 1825
Hegel. Philosophie der Geschichte. Band IX der Gesamtausgabe von Gans. 1832 f. 1839.
Held, System des Verfassungsrechts. 1857.
Heumann, Handlexikon. 8. Aufl. 1895.
Hitzig, Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen Recht. 1899.
Hölder, Die römische Ehe. 1874.
— in Savign. Zeitsch. N. F. 16, 1895 S. 256. 258, 266–268.
Huschke in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. N. F. Giessen 1845. S. 195 f.
Huschke, Gaius (Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen) 1855.
— Römische Studien. 1869 f.
Jäger, Der Hausfriedensbruch. 1885.
Jhering, Kampf ums Recht. 3. Aufl. 1873.
— Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn. Jahrbücher für Dogmatik. Band 18. S. 1 f.
— Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen in den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 23. 1885. S. 155 f.

Jhering, Geist des römischen Rechts. 5. Aufl. 1891–94.
John, im Archiv des Kriminalrechts. N. F. 1854.
Keim, Rom und das Christentum. 1881.
Keller, F. L., Semest. ad M. T. Ciceronem. 1842.
Kleinschrod im Alten Archiv des Kriminalrechts. I. 1799.
Klenze, Lehrbuch des Strafrechts. 1833.
Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. 1900.
Köstlin, Die Ehrverletzung nach deutschem Recht in der Zeitschrift für deutsch. Recht. Band 15, 1855. S. 152 f.
— Abhandlungen aus dem Strafrechte. Tübingen 1858.
Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. 1883.
— Ehre und Beleidigung in Goltdammers Archiv. 47. 1901. S. 1 ff.; 98 ff.
Lacombe Daniel, Des sépultures. Poitiers 1886.
Landsberg, Injuria und Beleidigung. 1886.
Lange, Das Verbrechen des Hausfriedensbruches. (Ohne Druckort und Druckjahr) wohl 1896?
Lenel, Das „Edictum perpetuum“. 1883.
— Palingenesia iuris civilis. 1889 f.
— Nachträge zum Edictum perpetuum in Savign. Zeitschrift. N. F. 20. 1899. S. 31. 32.
Leonhard, Der Schutz der Ehre im alten Rom. Rektoratsrede. Breslau 1902.
Lipps, Sitzungsberichte der philosophisch-philologischen und der historischen Klasse der k. bayer. Akademie der Wissenschaften. 1897. Band II. Heft III. München 1898.
— Das Selbstbewusstsein. (Empfindung und Gefühl.) 1901.
— Aesthetik. I. Teil. Grundlegung der Aesthetik 1903.
— Leitfaden der Psychologie. 1903.
— Die ethischen Grundfragen. 2. Aufl. 1905.
Liszt, Lehrbuch des Strafrechts. 13. Aufl. 1903.
Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts. I. 1. 1895.
Loening, E., De pace domestica. 1865.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte. I. 1836
Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. 1871–76.
Marquardt, Das Privatleben der Römer.
— Römische Staatsverwaltung, 2. Aufl. 1885.
Maschke, Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems. 1903.
Maury, La magie et l'astrologie. 4. Aufl. Paris 1877.
Menge & Preuss, Lexicon Caesarianum. 1890.
Merguet, Lexikon zu den Schriften Ciceros. 1877 f.
Mommsen-Krueger, Digesta Justiniani Augusti. Berolini. 1870.
Mommsen, Römisches Staatsrecht. 3. Aufl. 1887.
— Römische Geschichte. 8. Aufl. 1888.
— Römisches Strafrecht. 1899.
Müller, De admenatione. Diss. 1711.
Nietzsche, Genealogie der Moral.
Opet, Theaterrecht. 1897.

Osenbrüggen, Der Hausfrieden. 1857.
Pauly, Realencyklopädie der klassisch. Altertums-Wissenschaft. 1. Aufl. 1839. 2. Aufl. 1893 f.
Pernice, Labeo I. 1. Aufl. 1873 II. 2. Aufl. 1895. III. 1. Aufl. 1892.
— Zum römischen Sakralrecht in den Sitzungsberichten der k. preuss. Akademie der Wisseuschaften zu Berlin. 1886.
— Friede und Friedensbewahrung im röm.-griech. Rechte, in Savign. Zeitschrift. N. F. 17. 1896. S. 167 ff.
von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte 1840.
Platner, Quaestianes de iure crim. Romano. 1842.
Post, Ethnologische Jurisprudenz. 1894/95.
Puchta, Institutionen. 10. Aufl. von Krüger. 1893.
Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse. 1885.
Rein, Das Kriminalrecht der Römer. 1844.
Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe. 1853.
Raspe, Das Verbrechen der calumnia nach römischem Recht. 1872.
Sarwey, Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege. 1880.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840–49.
Scheitlin, Die Ausscheidung des Verbrechens der schweren Körperverletzung. 1890.
Schmid, L. M. De crimine laesae sanitatis. 1835.
Schmidt, Richard, Verbrechen an dem Seelenleben des Menschen im Gerichtssaal. 43. 1889. S. 57 ff.
Schmidt in den „Mitteilungen des deutschen archäologischen Instituts zu Athen. IV. 1879. S. 243 f.
Schmoller, Grundriss der Volkswirtschaftslehre. Band I. 1900.
Schulting, M., Notae ad Digesta s. Pandect. ed Smallenburg. Lugd. Bat. 1804–35.
Seeger, Versuch der Verbrechen nach römisch. Recht. 1879.
Seng, Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten im Archiv für bürgerl. Recht. V. S. 336 f.
Sohm, Institutionen. 11. Aufl. 1903.
Stölzel, Die Lehre von der operis novi nuntiatio etc. 1865.
Tabor Joh. Ott., Tractatus. Lips. Gleditsch. 1678.
Teichmann in Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. „Hausfriedensbruch“.
Tewes in Grünhuts Zeitschrift XI. S. 761.
Tittmann Karl Aug., Handbuch des Krim. Rechts. 2. Aufl. 1822,24.
Ubbelohde in Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandekten. Serie der Bücher 43. 44. 1889 - 93. (Interdikte).
Voigt, das „ius naturale, aequum et bonum und gentium der Römer 1856–1875.
— M., Die XII Tafeln 1883.
— in den Berichten über die Verhandlungen der k. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. phil. hist. Klasse. 37. 1885. S. 338 f.
— M., Römische Rechtsgeschichte. 1892 f.
Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern. 1822.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1825.
von Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht. I. 1835.

Wächter in Weiske's Rechtslexikon s. v. Diebstahl.
Wallon, Histoire de l'esclavage. 1847.
Walter, Ueber Ehre und Injurien nach römischem Recht in Neuen Archiv des Kriminalrechts. Band 4. 1820. S. 108 f. 241 f.
— Geschichte des römischen Rechts. 3. Aufl. 1861.
Weber, Ueber Injurien und Schmähschriften. 3. Aufl. 1803 f.
Wendt in Jherings Jahrbüchern. 19. S. 404.
— Pandekten. 1888.
Wieding, Der justinianische Libellprozess. 1865.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. 1901.
Wlassak, Römische Prozessgesetze. 1888 f.
Wüest, Der Hausfriedensbruch. 1894.
Zachariae, Die Lehre vom Versuch. 1836—39.
Ziegler, Observationes iuris criminalis. 1838.

Quellen-Verzeichnis.

Lateinische Quellen.

Moderne Quellen.

Berichtigungen.

S. 33 sechste Zeile statt „Rechtspositionen“ lies „Rechtsposition“
S. 130 statt l. 2 § 8 D. 43. 8 lies l. 2 § 9 D. 43. 8.
S. 133 statt l. 2 § 9 D. 48. 3 lies l. 2 § 9 D. 43. 8.
S. 161 statt Paul. Sent. II 31. 55 lies Paul. Sent. II 31. 35.
S. 234 statt Cicero pro Cael. lies Cicero pro Caec.
S. 234 statt l. 34 D. 40. 12 lies l. 34 D. 42. 1.

§ 1.

Einleitung.

Es ist bekanntlich bisher nicht gelungen einen allseitig befriedigenden und allgemein anerkannten Beleidigungsbegriff aufzustellen. Der Grund hierfür liegt wohl weniger in der Vernachlässigung des historischen Weges als in der mangelnden psychologischen und logischen Durchleuchtung der, sei es durch die geschichtliche Forschung für ältere Zeiten aufgedeckten, sei es in der heutigen Rechtspraxis in Anwendung befindlichen Beleidigungstatbestände.

Wenn ich nun, von der Absicht geleitet einen tauglichen Beleidigungsbegriff zu finden, wiederum mit der Behandlung des römischen Injurienrechtes den historischen Weg zu betreten scheine, so geschieht dies nicht in rechtsgeschichtlicher Absicht, sondern, weil die Deliktsfamilie der Injurien besonders günstige Gelegenheit bietet, die hier zu analysierenden Begriffe in praktischer Anschaulichkeit vorzuführen. Die geltenden Begriffsbestimmungen der Beleidigung stehen fast ausnahmslos unter dem Banne der Gegensätzlichkeit dieses Vergehens zur römischen Iniuria und

nirgends können die bei der Definition der Beleidigung unterlaufenden Begriffsverwechselungen so vollständig und zusammenhängend an der Hand positiver Rechtssatzungen dargestellt werden, wie hier.

Das Geschichtliche der Injurienlehre, der Rechtsgang und die Bestrafung bleiben bei unserer Arbeit ausser Betracht. Kaum wüssten wir auch den Ausführungen von *Pernice*, *Mommsen* und *Maschke*[1]) Neues und Eigenes hinzuzufügen.

Die materiellen Tatbestände sind unser einziger Gegenstand. Sie sollen jeder einzeln für sich, in ihrer Verbindung zur Einheit der Personalverletzungen und in ihrer Beziehung zum Tatbestande der Beleidigung dargelegt werden.

Bei der Ueberfülle der Literatur war schon der Uebersichtlichkeit wegen in der Darstellung fremder Ansichten grösste Beschränkung von Nöten. Die dogmengeschichtliche Darstellung wurde auf das letzte Jahrhundert beschränkt und auch hier konnten nur diejenigen Schriftsteller Berücksichtigung finden, die eine selbständige Auffassung begründet und ihren Vorgängern gegenüber gerade in den uns interessierenden Punkten wesentlich Neues gebracht haben.

Für die Plejaden der Anhänger verweise ich auf die bekannten Lehrbücher. Die ältere kriminalistische Literatur des vergangenen Jahrhunderts stellt vollständig *Landsberg*[2]) zusammen, die zivilistische *Jhering*[3]) Die neueste Literatur (auch des Auslandes) gibt vollständig *Leonhard* in den Anmerkungen zu seiner Rektoratsrede.[4])

Eine Darstellung des Rechtes der Schmähschriften habe ich deswegen unterlassen, weil ihr Tatbestand als Beleidigungen zu keinem Zweifel Anlass gibt, während ihre Behandlung ein tieferes Eingehen auf Tatsachen der römischen Literaturgeschichte verlangt hätte.

---

[1]) Pernice, Labeo, II 2. Aufl. S. 19 ff. Unter Pernice schlechthin ist in dieser Arbeit stets diese Stelle zu verstehen. Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 784 ff. Maschke, Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems, 1903.

[2]) Landsberg, Injuria und Beleidigung, 1886, S. 8 f.

[3]) Jhering, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band 23 S. 171 f.

[4]) Leonhard, Der Schutz der Ehre im alten Rom, Rektoratsrede, Breslau, 1902.

Um mir ein möglichst vollständiges Material zu sichern, habe ich für das Wort Iniuria den auf der kgl. bayerischen Akademie der Wissenschaften zu München aufgestellten und der Bearbeitung des Thesaurus linguae latinae dienenden Index bis in die Zeit der Kirchenväter durchgesehen. Sämtliche auf diese Weise ermittelten mit der actio iniuriarum zusammenhängenden Stellen wurden in der Abhandlung benutzt. Den Ausführungen über die Bedeutung der Worte affectus, contumelia, existimatio und pudor liegt das Material des in der Handschriftenabteilung der kgl. Bibliothek zu Berlin befindlichen, der Bearbeitung des Vocabularium iuris prudentiae Romanae (1894 f.) dienenden Index zu Grunde.

Erster Teil.

§ 2.

Abgrenzung der Grundbegriffe.

Achtung und Missachtung, Selbstgefühl und Ehrgefühl.

Wenn jemand einen anderen tötet, ihn am Körper verletzt, bestiehlt oder beschimpft, so kann man von einer Missachtung des Nächsten sprechen. Der Täter, so sagt man wohl, hat keine Achtung vor wichtigen Gütern des Mitmenschen, in deren Besitz ihn die Rechtsordnung zu erhalten sucht. Er missachtet die Rechtssphäre, die Rechtspersönlichkeit des Mitbürgers und bringt diese Missachtung in seiner Handlung zum Ausdruck. Diesem Sprachgebrauch folgend kann man jedes Delikt gegen die Rechtsgüter eines Einzelnen als eine Aeusserung der Nichtachtung des Mitbürgers bezeichnen.

In der soeben dargelegten Anwendung bedeutet Aeusserung der Missachtung, da es von allen Delikten gegen den Einzelnen gebraucht werden kann, etwas allen diesen Delikten Gemeinsames. Wir wollen jedoch zunächst von der Bestimmung dieses gemeinsamen Momentes absehen und auf die individuellen Merkmale der Tötung und Körperverletzung, des Diebstahls und der Beleidigung eingehen. Bei der Tötung besteht die Handlung in der Vernichtung des Lebens, bei der Körperverletzung in der rechtswidrigen Einwirkung auf den Körper, beim Diebstahl in der Wegnahme und Zueignung der fremden Sache. Bei der Beschimpfung ergibt sich aber das merkwürdige Resultat, dass wir

die Beschimpfungshandlung selbst als individuellen und von den anderen Vergehen gegen den Einzelnen verschiedenen Handlungstypus mit demselben sprachlichen Symbol bezeichnen können, das wir auch für die Gesamtheit der Vergehen gegen den Einzelnen gebrauchen durften, nämlich mit dem Ausdruck Aeusserung der Missachtung. Ganz zweifellos äussert auch derjenige, welcher jemanden beschimpft oder beleidigt, seine Missachtung vor der fremden Persönlichkeit.

Wir können also den Ausdruck „Aeusserung der Missachtung" von der Tötung, Körperverletzung, dem Diebstahle nur dann gebrauchen, wenn wir ein diesen Delikten mit allen anderen gegen den Einzelnen gemeinsames Moment bezeichnen wollen, nicht auch wenn es sich darum handelt, diese Vergehen von einander zu unterscheiden. Bei der Beschimpfung dagegen ist dieser Ausdruck doppelt verwendbar, einmal ganz so wie bei den anderen Vergehen gegen den Einzelnen zur Bezeichnung eines ihr mit den anderen Gemeinsamen, zum anderen aber auch wenn wir die Beschimpfung individualisieren und von den anderen erwähnten Delikten scheiden wollen, zur Bezeichnung ihres besonderen Tatbestandes.

Hier ergibt sich nun von selbst die ausserordentlich wichtige Frage: bedeutet der Ausdruck „Aeusserung der Missachtung", wenn er etwas allen Delikten gegen den Einzelnen Gemeinsames bezeichnet, und, wenn er zur Bezeichnung des speziellen Delikttatbestandes der Beleidigung verwendet wird, beidemal dasselbe, oder liegt nur Gleichheit des sprachlichen Symbols für zwei durchaus verschiedene Dinge vor? Die Entscheidung der Frage ist von grösster Bedeutung für das Verhältnis der Beleidigung zu den anderen Delikten gegen den Einzelnen. Bedeutet Aeusserung der Missachtung beidemal dasselbe und füllt das hierdurch bezeichnete allgemeine Merkmal aller Vergehen gegen den Einzelnen den Tatbestand der Beleidigung allein und vollständig aus, so muss die Beleidigung, wenn man bei der Betrachtung dieser Delikte auf jenes Moment der Missachtung das Gewicht legt, als das Grunddelikt überhaupt, als ein den anderen Delikten übergeordnetes, umfassendes Vergehen erscheinen, das alle Vergehen gegen den Einzelnen in sich aufnimmt, die nicht durch das positive Gesetz eine selbständige, konkrete Gestalt wie Tötung, Körper-

verletzung, Diebstahl erhalten haben. Trifft dagegen die zweite Eventualität zu und verbirgt sich, wie so oft, hinter dem gleichen sprachlichen Symbole in beiden Fällen etwas total Verschiedenes, so entfällt der Grund zu jener Ueberordnung der Beleidigung. „Aeusserung der Missachtung“ bezeichnet dann eben ausser einem allgemeinen Merkmal aller Delikten gegen den Einzelnen einen mit diesem Merkmal nicht identischen, besonderen Tatbestand, welcher der Tötung, Körperverletzung, dem Diebstahle nicht überzuordnen ist, sondern als gleichberechtigter Fall neben ihnen steht.

Die genaue Untersuchung des Ausdruckes in den beiden Anwendungsfällen führt zur Erkenntnis der Verschiedenheit der Bedeutung. Beide Worte, aus denen er sich zusammensetzt: „Missachtung“ sowohl wie „Aeusserung“, bezeichnen in beiden Fällen Verschiedenes.

Gehen wir von dem Falle aus, wo Aeusserung der Missachtung etwas allen Delikten gegen den Einzelnen Gemeinsames bedeutet. Die Missachtung bezeichnet hier ein bestimmtes, inneres, psychisches Verhalten des Täters. Die Rechtsgüter des Menschen haben einen durch die Rechtsordnung anerkannten und normierten Wert. Dieser Wert der fremden Rechtsgüter äussert sich in der Seele des Mitmenschen in der Kraft, mit welcher die Vorstellung von dem Rechtsgute ihn zu förderlichen Handlungen oder Unterlassungen antreibt und von schädlichen abhält. Lässt sich Jemand durch den objektiven Rechtswert der fremden Güter in seinem Tun und Lassen leiten, erlaubt er den entsprechenden Vorstellungen mit der vollen Kraft, die ihnen nach dem Werte des Vorgestellten zukommt, im Rate der Motive sich geltend zu machen, nimmt er in dem rechtlich vorgeschriebenen Masse auf den Nächsten Rücksicht, so kann man sagen, dass er ihn achtet. Umgekehrt wird man durch Missachtung dasjenige innere Verhalten bezeichnen, wobei der Täter sich um den rechtlich garantierten Wert der Güter nicht kümmert, sie nicht mit der ihnen von Rechtswegen zukommenden motivierenden Kraft, sei es im Ansporne oder in der Hemmung zur Geltung kommen lässt, sondern untätig bleibt oder rücksichtslos über sie hinwegschreitet. Achtung und Missachtung können sowohl das Verhalten des Menschen in einem einzelnen Falle als auch einen Hang, eine Neigung, Tendenz der

Psyche zu einem Gesamtverhalten dieser Art bezeichnen. Jedenfalls gehört das durch die beiden Worte in diesem Sinne gemeinte innere psychische Moment der praktischen und speziell der praktisch-ethischen Richtung unserer Seelentätigkeit an.[1]) Achtung und Missachtung eines Rechtsgutes drückt die Stärke oder Schwäche aus, mit der es sich in der Seele des Dritten als Motiv seines äusseren, praktischen Verhaltens, des Handelns oder Unterlassens, geltend macht, die grössere oder geringere motivierende Kraft, die ihm in der Seele des Dritten zukommt. Damit ist aber auch schon der Sinn bestimmt, welchen das Wort Aeusserung hier hat. Sie ist nichts als die Verwirklichung des bestehenden Kraftverhältnisses der Motive in einer äusserlich wahrnehmbaren Handlung. Die Aeusserung steht hier zur Achtung oder Missachtung nicht im Verhältnis eines Symbols zu dem, was symbolisiert, bezeichnet wird. Sondern die Achtung oder Missachtung ist der innere Grund der Aeusserung, diese die Folge jener, ihre Verwirklichung. Wenn ich aus dem äusseren Momente der Handlung auf das innere der Achtung oder Missachtung in diesem Sinne schliesse, so ist dies ein Schluss aus der Folge auf den Grund und nicht die Erfassung eines Bezeichneten in dem zu seiner Bezeichnung dienenden Symbole. Ich will die Achtung in dem hier ermittelten Sinne als die praktische Achtung oder Missachtung bezeichnen. Bei der Beleidigung wird diese Art der Missachtung dadurch verwirklicht, dass sich der Täter über den Rechtsanspruch des Dritten darauf hinwegsetzt, dass Jedermann sich, soweit ein Wahrheitsbeweis befreiend wirkt, der falschen, abgesehen hiervon aber jeder nachteiligen Aeusserung über ihn enthält. Die praktische Geringschätzung der fremden Ehre steht auf einer Stufe mit der Geringschätzung des fremden Lebens, der Gesundheit, des Eigentums des Anderen. Sie ist das Moment, welches die Zusammenfassung aller dieser Delikte unter der allgemeinen Bezeichnung der Missachtung des Anderen in dem ermittelten Sinne begründet.

---

[1]) Ueber die allgemeinen Richtungen des psychischen Geschehens vergl. Lipps in den Sitzungsberichten der philosophisch-philologischen und der historischen Klasse der k. b. Akademie der Wissenschaften 1897. Bd. II, Hft. III. München 1898. S. 455.

Eine ganz andere Bedeutung hat die Aeusserung der Missachtung, wenn sie den individuellen Handlungstypus der Beleidigung selbst bezeichnen soll. Man vergesse zunächst nicht, dass diese Bezeichnung nicht auf alle Beleidigungen passt, z. B. wenn jemand schlechthin behauptet, dass ein Anderer einen Diebstahl ausgeführt habe und mit seinem Urteile über die Tat, (die im Notstand ja entschuldbar sein kann), oder der Aeusserung der Gefühle, die sie in ihm ausgelöst hat, völlig zurückhält. Doch wollen wir hiervon zunächst absehen und uns nur mit den Fällen der Beleidigung beschäftigen, auf welche jener Ausdruck in der Tat zutrifft. Die Missachtung, welche bei der Beleidigung geäussert wird, ist auch hier ein psychisches Moment, jedoch ganz anderer Natur, als das vorhin dargelegte. Wir werden ihr Wesen am besten begreifen, wenn wir uns vergegenwärtigen, wie sie entsteht. Die Menscben, welche mich umgeben, werden als mir gleichartige Wesen Gegenstand meiner Erkenntnis. Ich lerne einzelne Handlungen und andere Lebensäusserungen derselben kennen, aus diesen schliesse ich auf bestimmte Handlungs- und Denktendenzen, Charaktereigenschaften, Anlagen und dieses alles fügt sich mir zum Gesamtbilde des fremden Persönlichkeitstatbestandes zusammen. Indem ich nun an einzelne Tatsachen oder an allgemeinere Züge, oder an die Gesamtheit dieses Tatbestandes den Massstab der Bewertung des Menschen anlege, gelange ich zu einem billigenden oder missbilligenden Werturteile. Dieses erscheint in einem Gefühl des grösseren oder geringeren Wertes der Ehrfurcht, Achtung, Hochachtung oder in einem solchen der Geringschätzung, Verachtung, Missachtung. Die Missachtung eines bestimmten Menschen ist also in diesem Sinne stets ein kompliziertes Gebilde des psychischen Lebens. Sie setzt sich jederzeit aus zwei Momenten zusammen: 1) aus dem der Sphäre der Erkenntnis der Tatsachen angehörigen Urteile, dass die fremde Person so oder anders tatsächlich beschaffen sei, dieses getan oder unterlassen, in bestimmter Lage sich in einer tatsächlich bestimmten Weise verhalten habe. Dies Urteil kann mehr oder weniger substanziiert sein, mehr auf das Einzelne des Persönlichkeitstatbestandes, auf allgemeinere Züge oder auf seine Gesamtheit gehen, 2) aus dem der Sphäre der Werterkenntnis angehörigen Urteil, dass diese tatsächliche Beschaffenheit einer

Person ihren Unwert begründet. Das Gefühl des Unwertes haftet dann an der nach ihrem Tatbestande erkannten Persönlichkeit. Das Wichtige hierbei ist, dass in der Missachtung einer Persönlichkeit stets implicite ein der erfahrungsgemässen Erkenntnis von Tatsachen angehöriges Urteil über den fremden Persönlichkeitstatbestand nach seiner rein tatsächlichen Seite zugrunde liegt. Dieses Moment wird nicht berücksichtigt, wenn man die Beleidigung schlechthin als Gefühlsäusserung definiert. Eine solche Definition wird erst durch den Zusatz (Gefühlsäusserung) „in Bezug auf eine bestimmte Person" brauchbar, der die Notwendigkeit dieses Urteils über das tatsächliche So- und Anderssein der Person zum Ausdruck bringt. Denken wir jetzt an die oben flüchtig erwähnten Fälle der Beleidigung, die nur ein solches tatsächliches Urteil über den Persönlichkeitstatbestand enthält, ohne dass das eigene Werturteil des Beleidigers zum Ausdruck kommt, so sehen wir, dass der allen Beleidigungsfällen gemeinsame wesentliche Kern des Vergehens ein solches Urteil über die tatsächliche Beschaffenheit der Person bildet, das bald allein gegeben sein kann, bald mit einem eigenen Werturteil des Beleidigers oder mit den Gefühlen, in denen das Letztere erscheint, geäussert wird. Sofern aber die Beleidigung in der Aeusserung der Missachtung im Einzelfalle wirklich besteht, gehört diese Missachtung im Gegensatz zu der vorher bestimmten, nicht der praktischen Richtung unserer Seelentätigkeit an. Sie ist vielmehr ein Produkt des Erkennens von Tatsachen und Werten, ein Resultat der Verstandestätigkeit. Ich möchte sie daher im Gegensatz zu jener praktischen Missachtung als eine theoretische oder erkenntnismässige bezeichnen. Auch die Aeusserung selbst bedeutet hier etwas anderes als dort. Denn die Aeusserung eines jemandem ungünstigen Urteils ist nicht seine Verwirklichung, wie die Tötung oder Beleidigung die Verwirklichung der Missachtung des Lebens oder der Ehre sind. Die Aeusserung eigener Urteile, die ein nach Aussen Setzen, in die fremde Seele Verlegen, Mitteilen derselben ist, findet vielmehr auf zweierlei verschiedene Weise statt: entweder durch Setzung der für den Gedankeninhalt bestimmten Symbole der Sprache, der Ausdrucksbewegungen, mit Hilfe der Symbolik im engeren Sinne, oder auch durch eine beliebige andere Handlung, die so allgemein nur unter Voraussetzung

einer bestimmten Erkenntnis vorgenommen wird, dass ihre Vornahme im einzelnen Falle der Mitteilung dieser Erkenntnis gleichkommt.

Der dargelegte Doppelsinn der Worte Achtung und Missachtung aber wohnt auch zahlreichen anderen Worten und Wortfamilien inne, welche zur Bezeichnung des menschlichen Wertes und seiner Wirkung auf die Mitmenschen dienen. Bald wohnen beide Bedeutungen demselben Worte inne, bald wird dieses oder jenes Wort der Familie vorwiegend in dem einen oder anderen Sinne gebraucht. So können insbesondere die Worte Geltung, Würde, Respekt zur Bezeichnung des Masses der praktischen Achtung, die man jemanden schuldet oder einräumt, dienen, aber auch im Sinne des in der Beurteilung des Persönlichkeitstatbestandes zum Ausdrucke kommenden Wertes, während Würdigung wohl hauptsächlich auf diese Beurteilung selbst zielt. Die Wortfamilie der Ehre bezeichnet vorwiegend den mit dem faktischen und werterheblichen Persönlichkeitstatbestande in Beziehung stehenden Wert. In gewissen Zusammensetzungen freilich wie Hausehre, Geschlechtsehre, kann Ehre, wie wir sehen werden, auch das Mass der Rücksicht und Schonung, die einem Rechtsgute zukommen, bedeuten. In der Wortfamilie der Achtung selbst endlich, sind die Worte Achtung, Nichtachtung, Missachtung neutral, während Hochachtung und Verachtung wohl hauptsächlich zur Bezeichnung der höheren oder geringeren Meinung von Jemandem verwendet werden.

Die beiden dargelegten Arten von Achtung und Missachtung reflektieren im Bewusstsein dessen, dem sie gelten, mit verschiedenen Gefühlen.

Mein Streben geht auf ungestörten Genuss meiner Rechtsgüter aus, welche die mir von der Kulturgemeinschaft gewährleisteten Bedingungen meines „Freien sich Auslebens“ sind. Ich beanspruche, dass die Anderen meine Rechtsgüter achten, auf sie Rücksicht nehmen, sie respektieren. Wird dieser Anspruch erfüllt, so fühle ich die Energie, mit der meine Rechtsgüter sich als Zielvorstellungen oder Gegenvorstellungen fremden Handelns geltend machen, den Wert, welchen meine Rechtspersönlichkeit für das Handeln des Anderen besitzt, nach. Das Bewusstsein, dass der Andere meine Sphäre respektiert, dass ich für ihn etwas

bedeute, dass er in seinem Handeln auf mich Rücksicht nimmt, klingt in dem Gefühl des Wertes aus, den ich für Andere besitze, in einer lustvollen Affektion des Selbstgefühls. Umgekehrt beweist mir jede Verletzung eines meiner Rechtsgüter, der Gesundheit, des Eigentums, des Hausfriedens, der Ehre, dass meine Rechtspersönlichkeit in der Psyche des Täters nur eine geringe motivierende Kraft besitzt, dass er über mich rücksichtslos hinwegschreitet, mich als quantité négligeable behandelt. Indem ich mich in das Innere des Täters versetze, fühle ich mit, wie er meinen Gütern eine geringe Wertung zuteil werden lässt. Dieses Gefühl läuft meinem Streben nach Selbstbehauptung und Achtung meiner Persönlichkeit zuwider. Man kann es als unlustvolle Affektion des Selbstgefühls, als Kränkung des Gefühls des eigenen Wertes, sofern er sich in der praktischen Richtung der Seelentätigkeit Anderer geltend machen soll, bezeichnen. Auch dort, wo es sich nicht um eine Ehrenbeleidigung handelt, z. B. bei der Einsperrung, kann ich von einer Demütigung, Erniedrigung, Schmach, die ich erleide, sprechen. Für das der praktischen Missachtung, der Rechtspersönlichkeit entsprechende Gefühl des Verletzten verwende ich im Folgenden als technischen Ausdruck die Worte: Verletzung des Selbstgefühls. Diese Verletzung ist allen Vergehen gegen den Einzelnen gemeinsam. Von dieser Verletzung des Selbstgefühls abgesehen kann sich der Inhalt der hervorgerufenen Unlust je nach der Art des verletzten Rechtsgutes verschieden gestalten: bei der Körperverletzung vielleicht als Unlust des körperlichen Schmerzes, beim Hausfriedensbruch als Störung im Genusse des „Für sich Seins“ in der Wohnung, bei der Nötigung als lästige Hemmung der freien Durchführung eines Entschlusses, beim Diebstahl als Minderung des Machtgefühls durch Beeinträchtigung der Machtsphäre. Bei der eigentlichen Ehrenbeleidigung aber kann wiederum auch der spezifische Inhalt des durch die Verletzung erzeugten Unlustgefühls als eine Kränkung des Selbstgefühls oder Ehrgefühls bezeichnet werden.

Aber auch die Worte Selbstgefühl und Ehrgefühl haben bei der Beleidigung eine andere Bedeutung, als wenn sie zur Bezeichnung der allen Vergehen gemeinsamen Wertgefühlswirkung benutzt werden. Es handelt sich hier um ein Gefühl, das sich an die Erkenntnis meines werterheblichen Persönlichkeitstatbestandes

knüpft. Ich bin im Besitze von unzähligen tatsächlichen Urteilen über meinen Persönlichkeitstatbestand, über einzelne Tatsachen oder allgemeine Züge desselben, über seine faktische Gesamtheit. Diese Urteile ergeben in Verbindung mit reinen Werturteilen darüber, dass eine bestimmte innere oder äussere menschliche Betätigung gut oder schlecht sei, Werturteile über meine Person, die ich selbst vollziehe. Urteile, die das Bestehen werterheblicher Tatsachen zum Gegenstand haben, bereiten mir Lust, sie geben mir ein Gefühl des Wertes meines Persönlichkeitstatbestandes. Umgekehrt bereitet mir die Anwesenheit von Urteilen, welche eine den Wert mindernde oder zerstörende Tatsache in meinem Persönlichkeitstatbestande feststellen, Unlust. Sie geben mir das Gefühl meines Unwertes, sie erniedrigen, demütigen mich. Verpflanzt nun ein Dritter durch Mitteilung ein solches absprechendes Werturteil oder auch nur ein es begründendes Tatsachenurteil in meine Seele, so ist möglich, dass ich dasselbe, weil es wahr ist, anerkennen muss, oder auch, dass ich es, weil es falsch ist, ablehne, dasselbe meinerseits zu vollziehen. Wie ich mich auch verhalte, jedenfalls begehrt ein solches fremdes, mitgeteiltes Urteil Einlass in die Sphäre der Erkenntnis meiner Persönlichkeit und kann eine Kränkung der Wertgefühle, die sich an diese Erkenntnis anknüpfen, verursachen. Zur Unterscheidung von der Kränkung des Selbstgefühles im allgemeinen Sinne werde ich diese Gefühlskränkung als Verletzung des Ehrgefühls bezeichnen. Dort handelt es sich um das Gefühl des Wertes, mit welchem meine Rechtsgüter von dritten Personen bei ihrem praktischen Handeln in Ansatz zu bringen sind, hier um das Wertgefühl, das mir auf Grund der Erkenntnis dessen, was ich bin, oder wofür ich von Anderen gehalten werde, erwächst.

Das Objekt der Achtung und Missachtung und der Gegenstand des Selbst- und Ehrgefühles ist für beide Bedeutungen gemeinschaftlich die menschliche Persönlichkeit im weitestem Sinne. Für eine allgemein giltige ethische Auffassung ist nur die sittliche Persönlichkeit als solche Gegenstand der Beachtung im praktischen Handeln und Objekt der beurteilenden Wertung. Die äusseren Güter des Einzelnen treten hier naturgemäss zurück. Anders im positiven Recht. Hier treten gerade die äusseren Güter in den Vordergrund. Sie sind die hauptsächlichen Rechtsobjekte der

praktischen Achtung und Missachtung. Die unmittelbare Einwirkung auf die sittliche Persönlichkeit selbst (durch Verführung) wird nur in wenigen Ausnahmefällen bestraft. Auch bei der aus der Beurteilung entspringenden Missachtung berücksichtigt das Recht und seine Praxis immer wieder auch Urteile über Fehler und Mängel eines Menschen, die mit der sittlichen Persönlichkeit nichts zu tun haben, sondern auf dem Besitze äusserer Güter beruhen (Stand, Gesundheit, Körperbeschaffenheit, Intelligenz etc.[2])

Die oben in ihrer Verschiedenheit dargelegten beiden Bedeutungskreise der Achtung und des Selbstgefühls finden ihre Vereinigung in einem ganz allgemeinen Begriffe der Wertung der „Persönlichkeit" im weitesten auch die gesamte persönliche und sachliche Machtsphäre, die Güter, umfassenden Sinne. Die Wertung liegt einmal auf dem Gebiete des praktischen ethischen Handelns, das andere Mal auf dem Gebiete der tatsächlichen und wertenden Beurteilung. Die Wertung durch Andere und ihr Reflex in mir ist das beiden gemeinsame psychische Element, welches der Gleichheit des sprachlichen Ausdruckes für beide Phänomene zu Grunde liegt. Die Einheit der sprachlichen Bezeichnung hat in der Identität der psychischen Elementarerscheinung des Wertens, die Verschiedenheit der dahinter liegenden Bedeutungen darin ihren Grund, dass es sich um verschiedenen Gebieten der inneren menschlichen Seelentätigkeit angehörige Erlebnisse handelt. Sie lassen sich auf eine gemeinsame Wurzel zurückführen, aber nicht eines von dem anderen ableiten. Insbesondere muss ausdrücklich der Versuch abgelehnt werden, die Aeusserung der praktischen Missachtung und die Verletzung des Selbstgefühls jedesmal auf eine Aeusserung der Missachtung im zweiten Sinne und eine Kränkung des Ehrgefühles zurückzuführen. Immer wird uns im Laufe der Abhandlung das Bestreben begegnen, den Grund dafür, dass man von Missachtung und Kränkung des Selbstgefühls bei jedem Vergehen oder speziell bei allen Injurien reden kann, darin zu sehen, dass der Täter den Verletzten wie einen Rechtsunfähigen, einen Sklaven oder wie jemanden behandle, der sich so etwas ruhig werde gefallen lassen. Diesen Versuch, der Missachtung beim Handeln stets ein Urteil im Sinne der theoretischen Miss-

---

[2]) **Bindings** Pseudobeleidigungen, Lehrbuch I, S. 144 f.

achtung unterzulegen, werden wir, da er die Grundlage fast aller verfehlten Anschauungen über das Wesen der Injurie ist, mehrfach zu bekämpfen Gelegenheit haben.

Die besondere Gefühlswirkung der Personalverletzungen.[3])

Wir müssen noch einmal auf die der praktischen Missachtung entsprechende Verletzung des Selbstgefühls eingehen, um einen innerhalb derselben bestehenden Unterschied aufzudecken, der für unsere Zwecke von einschneidender Bedeutung ist.

Wir sprachen dort, wo es sich um die Missachtung unserer Rechtsgüter handelte, auch von der Missachtung unserer Rechtspersönlichkeit und bezeichneten das dem inneren Verhalten des Täters nacherlebte Gefühl des Wertes oder Unwertes unserer Rechtsgüter als Selbstgefühl, d. h. als Gefühl unseres eigenen Wertes oder Unwertes. Indem wir so die Missachtung unserer Rechtsgüter der Missachtung unserer Persönlichkeit und das Selbstwertgefühl dem Gefühle des Wertes unserer Güter gleichsetzten, identifizierten wir unser Ich, unsere Persönlichkeiten mit den Gütern, welche ihr zustehen.

In dieser Gleichsetzung kommt die besondere Beziehung meiner rechtlichen Machtssphäre zu mir, zu meinem Ich, zum Ausdruck. Meine rechtliche Machtsphäre wird gebildet von den, sei es in mir selbst als geistiger oder körperlicher Persönlichkeit, sei es in anderen Personen, sei es in der Sachenwelt bestehenden faktischen Sphären, für die mein Wille und nicht der eines Anderen massgebend sein soll, die den Zweck haben, mir selbst und nicht Anderen zu dienen. Auch mein Wollen und die Verfügung über meinen Körper kann, wie das Institut der Sklaverei beweist, Gegenstand der Beherrschung durch eine andere Person sein. Sofern mir also das Recht eine selbständige Rechtspersönlichkeit garantiert und anerkennt, dass grundsätzlich für meine Betätigung nur mein Wille massgebend sein soll, gibt es mir einen Anspruch auf freie und ungehinderte Betätigung meines Willens, auf die freie Verfügung über meinen Körper und über meine Geschlechtssphäre, auf autonome Entwicklung meiner Anlagen und Benutzung meiner Fähigkeiten. Diese Sphäre meiner Rechtsmacht wird

[3]) Ueber die psychologische Grundlage des Folgenden vergleiche Lipps, Das Selbstbewusstsein. 1901.

durch die Unterwerfung anderer Personen oder von Teilen der Sachenwelt unter meinen Willen erweitert. Auch für diese anderen Personen und für die Sachen wird mein Wille im grösseren oder geringeren Grade massgebend, sie treten zu mir in ein besonders enges Verhältnis und können Mittel zur Erreichung meiner Zwecke werden. Die mir in dieser Weise rechtlich garantierte Sphäre der Willensbetätigung ist eine wichtige Bedingung für die Entfaltung meiner Persönlichkeit. Diese wird erst in ihr zur Geltung kommen, lebendig werden und sich entwickeln und muss umgekehrt, wenn ihre tatsächliche Machtsphäre vom Rechte nicht anerkannt oder der Willkür anderer Personen ausgeliefert wird, notwendig verkümmern und zu Grunde gehen. Diese Wechselwirkung zwischen Persönlichkeit und Rechtssphäre, die enge ursächliche Beziehung zwischen der Anerkennung der einen und der Entfaltung der anderen ist es, die sprachlich in der Identifikation meines Ich und meiner Rechtsgüter zum Ausdruck kommt.

Doch ist innerhalb der Rechtssphäre selber die Beziehung auf das unmittelbar erlebte Ich nicht bei allen Gütern gleich eng und unmittelbar. Es macht sich hier vielmehr für das unmittelbare Bewusstsein der natürliche Unterschied in der Beziehung der einzelnen tatsächlichen Machtsphären, die sich zur Rechtssphäre zusammenschliessen, geltend. Der Unterschied besteht in einer Abstufung des Gefühles der Macht, die ich über die einzelnen Sphären besitze, und der Unmittelbarkeit, mit welcher sie an mich geknüpft sind und mit der ich Veränderungen in ihnen hervorrufen oder durch sie erleiden kann. Nirgends macht sich mein Wollen so vollkommen und so unmittelbar geltend, wie in meinem psychischen Lebenszusammenhange. Hier ist das ursprünglichste und eigenste Gebiet seines Schaltens und Waltens. Die Freiheit, mit welcher ich Vorstellungen zur Sphäre des Bewusstseins emporhebe, ihnen dann innerhalb derselben Beachtung schenke oder versage, sie mit anderen verknüpfe, ihren Zusammenhang nach dieser oder jener Richtung ausspinne, schliesslich die Aufmerksamkeit von ihnen ablenke und sie in die Sphäre des Unbewussten verschwinden lasse, besteht in demselben Grade auf dem Gebiete des äusseren Handels nicht. Zugleich fühle ich meinen Willen hier als die unmittelbare Ursache der Veränderungen, es existiert kein Faktor, der die Wirkung meines Willens auf das psychische

Leben vermittelt, zwischen ihn und die Veränderungen tritt, welche er hervorruft. Das vollkommenste Gegenteil dieser Sachlage ist meine Beziehung zur physischen Welt ausserhalb meines Körpers. Ich kann das Geschehen in dieser Welt nicht so wie das im psychischen Lebenszusammenhange frei und nach Belieben gestalten. Will ich in ihr etwas erreichen, so bin ich gezwungen, sie kennen zu lernen und mich nach ihren Gesetzen zu richten. Es tritt mir hier überall etwas Fremdes, von meinem Willen zunächst Unabhängiges entgegen, welches fordert, dass ich seine mir fremde und von mir unabhängige Natur in Rechnung ziehe. Auch wird hier mein Wille nicht so unmittelbar wirksam wie im psychischen Leben, sondern erst, indem er sich auf meinen Körper überträgt und diesen allein oder in Verbindung mit einem anderen Körper auf den Gegenstand, an welchem ich die Veränderung hervorrufen will, wirken lässt. Mit jedem vermittelnden Gliede tritt eine neue von meinem Willen unabhängige Bedingung der Einwirkung hinzu. Je nach den besonderen Umständen und Bedingungen der Wirksamkeit meines Willens in einem einzelnen Falle können die Gefühle der Macht und der Unmittelbarkeit die allerverschiedensten Abstufungen und Färbungen annehmen. Nur zwei eigentümlich liegende Fälle seien hier hervorgehoben. In der Welt der Sachen betätigt sich mein Wille am unmittelbarsten und am freiesten an meinem Körper; am freiesten, weil mein Körper zur Projektion meiner Willenentschlüsse nach Aussen, zur Umsetzung des innern in das äussere Tun bestimmt und der Natur des Willens angepasst ist, am unmittelbarsten, weil der Willensimpuls den Körper durch die Innervation ohne Vermittlung anderer kausaler Zwischenglieder in Bewegung zu setzen vermag. Zu dieser Wirkung tritt die umgekehrte des Körpers auf das psychische Leben. Die Schicksale des Körpers und der Seele stehen in besonders enger Verbindung. Diese ständige Wechselwirkung macht sich in einem Gefühl besonders enger Zusammengehörigkeit beider geltend, so dass sich gerade hier die sprachliche Identifikation mit dem Ich besonders aufdrängt. Die Vermengung ist eine so innige, dass es besonderer Reflexion bedarf, um den Körper als etwas ausserhalb meiner rein geistigen Persönlichkeit Stehendes aufzufassen. Eine zweite eigenartige Beziehung ist die in der seelischen Macht über eine Person begründete. Die

Fähigkeit sich in den Anderen einzufühlen und die im Wege der Einfühlung stattfindende Aufnahme meiner Gedanken, Gefühle und Wollungen durch die andere Person geben dieser Beziehung einen besonderen Charakter der Unmittelbarkeit.

Wenden wir uns nun der in der Theorie allgemein gebräuchlichen Unterscheidung der persönlichen und der sachlichen oder Vermögensrechtsgüter zu, so ist ohne Rücksicht darauf, worin man den letzten Wesensunterschied der beiden Klassen sieht und wo man die Grenze zwischen ihnen ziehen will, jedenfalls das eine klar, dass zum mindesten ein wichtiges unterscheidendes Merkmal in der Enge der Verknüpfung der beiden Güterklassen mit dem unmittelbar erlebten seelischen Ich besteht. Die Gründe der besonderen Gefühlsnähe des Körpers hatten wir schon oben dargelegt. Die Freiheit, welche das Recht schützt, ist diejenige des durch meinen Körper vermittelten äusseren Tuns oder Lassens und der dieses vorbereitenden psychischen Akte. Es handelt sich also hier um einen Schutz, der meinem Willen selbst in seiner Richtung auf äussere Betätigung zukommt. Der Kern des Hausfriedens ruht, wie wir sehen werden, in dem wesentlich psychischen Bedürfnis des „Für sich Seins“. Der Schutz meiner geschlechtlichen Sphäre kommt teils dem körperlich vermittelten Handeln auf diesem Gebiete zu gute, teils richtet er sich gegen die Zuführung missliebiger und gefährlicher geschlechtlicher Vorstellungsinhalte in die Sphäre meiner Gedanken und Gefühle. Die Ehre steht als das Bild meines werterheblichen Persönlichkeitstatbestandes in meiner und der anderen Seele meiner Persönlichkeit natürlich besonders nahe. Meine öffentliche Rechtsstellung garantiert mir einerseits den Genuss meiner Rechtsgüter überhaupt, auf der anderen Seite ist sie selbst ein persönliches Rechtsgut, insofern sie das Mass der Geltung meiner inneren Ueberzeugung über das, was dem Staate frommt, im Rate der Genossen bestimmt. Meine Familienrechte endlich sind Beziehungen zu anderen Personen, die auf der natürlichen, zumeist durch Abstammung begründeten Zugehörigkeit derselben zu mir beruhen und durch die ihnen von Natur zukommende Gefühlstiefe und die umfangreiche und mannigfache Wechselwirkung der Persönlichkeit, wie sie in der Familie möglich ist, ein besonders individuelles Gepräge erhalten. Es handelt sich also hier überall entweder um das unmittelbar

erlebte Ich selbst oder doch um Sphären persönlicher oder sachlicher Natur, die mit ihm in einer besonders engen Verbindung stehen. Ich lebe mich in ihnen weit unmittelbarer aus, wie im Vermögen, das die äusserste Peripherie meiner Machtsphäre darstellt, ich fühle mich mit ihnen weit enger verknüpft, wie mit der Welt der Sachen oder mit denjenigen Gütern, welche wie Arbeitsleistungen anderer Menschen durch das sachliche Tauschmittel des Geldes vertretbar sind, d. h. mit den Bestandteilen meines Vermögens überhaupt. Ich gehe in ihnen weit mehr auf wie in der sachlichen Machtsphäre, die mir fremder gegenübersteht. Es ist interessant, wie das bezeichnete Gefühlserlebnis in beiden Haupttheorien[4]) über das Wesen dieser persönlichen Güter sich geltend macht. Die eine leugnet die selbständige Existenz von Persönlichkeitsrechten, da jedes subjektive Recht die Beziehung einer Person zu etwas von ihr Verschiedenem sei, die persönlichen Güter aber mit der Person überhaupt identisch seien. Die andere Theorie, welche die Existenz besonderer persönlicher Rechtsgüter anerkennt, sieht ihren Unterschied von den äusseren Gütern darin, dass sie untrennbar mit der Person verbunden sind. Eine weitverbreitete Meinung glaubt ferner wegen dieser engen Verbindung mit dem Ich die Einheit der psychischen Person auch auf die Persönlichkeitsrechte übertragen zu müssen und erkennt statt einer Mehrzahl solcher Rechte nur ein einziges, einheitliches Persönlichkeitsrecht an, welches in verschiedenen Richtungen verletzt werden kann und geschützt werden muss. Eine Auseinandersetzung mit allen diesen Auffassungen würde zu weit führen. Wir begnügen uns mit der Feststellung dessen, was allein für die Zwecke der vorliegenden Arbeit in Betracht kommt, nämlich: dass die besonders enge Verbindung der persönlichen Güter mit dem Ich eine ganz allgemein ausdrücklich oder stillschweigend anerkannte Eigenschaft derselben ist.

Die besondere Nähe der persönlichen Güter zum unmittelbar erlebten Ich als dem Sitz der Gefühle macht sich darin geltend, dass die Schicksale dieser Güter in meinem Gefühl eine besonders lebhafte und unmittelbare Resonanz finden. Wie die Integrität

---

[4]) Diese Theorien jetzt am besten bei Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Berlin 1903. S. 303 f.

meines Körpers, die Möglichkeit ungehinderter Durchführung meiner Willensentschlüsse, die gute Meinung über mich mein Selbstgefühl steigern kann, das bedarf der Darlegung nicht. Umgekehrt werden mir Verletzungen dieser Güter besonders nahe gehen, mich in der Wurzel meines Gefühls treffen. Ich selbst erscheine durch eine solche Verletzung in Frage gestellt. Die nicht auf die Bezeichnung der Ehrenbeleidigung beschränkten Ausdrücke Schmach, Schande, schmähliche Behandlung, welche die Wirkung auf das Selbstgefühl anzeigen, sind sprachlich bei persönlichen Verletzungen gebräuchlicher und angemessener, wie bei solchen des Vermögens.

Es kann nun gewiss auch ein Angriff auf meine sachliche Machtssphäre unter besonderen Bedingungen stark auf mein Gefühl einwirken. Der Grund kann hier derselbe sein wie bei den persönlichen Gütern, nämlich eine im gegebenen Falle besonders nahe Beziehung der Sache zu meinem Gefühl, wie bei Gegenständen von Affektionswert, z. B. Haustieren etc. Dann steht der Einreihung solcher Gegenstände in die Kategorie der persönlichen Güter an sich nichts entgegen, wiewohl das römische Recht nach richtiger Ansicht[5]) „eine Schadensschätzung verworfen (hat), die über den Vermögensnachteil hinausgeht und die affectio berücksichtigt“ und so die Erhebung von Sachen über die oekonomische Sphäre in die der persönlichen Güter allgemein abgelehnt hat. Ganz besonders kränken uns auch solche Angriffe, bei welchen wir gar kein eigenes Interesse des Täters entdecken können. Denn in diesem Falle ist der Wert, d. h. die motivierende Kraft unserer Rechtspersönlichkeit beim Täter nicht etwa relativ kleiner als sein eigenes Begehren, sondern absolut klein, da er sich auch dort nicht behauptet, wo er keinerlei Kampf mit eigenen Interessen des Täters zu bestehen hat. Aber es handelt sich in dem ersterwähnten Falle nur um völlig ausnahmsweise Erscheinungen, in dem anderen um Momente, welche nicht dem objektiven äusseren Tatbestande der Verletzung, sondern ihren inneren Begleitumständen entnommen sind und von Fall zu Fall da sein oder fehlen können. Die besondere Gefühlswirkung der Personalverletzungen dagegen ruht in der objektiven Natur der

[5]) Pernice, Lobeo, III 1, S. 181.

Rechtsgüter selbst und ist ein durchaus typisches Merkmal derselben.

Persönlichkeit nnd Person.

Diese Worte können nach Massgabe der vorstehenden Ausführungen ein Dreifaches bedeuten.

Zunächst die Rechtspersönlichkeit als Inhaberin der Rechtssphäre mit sämtlichen zu ihr gehörigen Rechten und Rechtsgütern persönlicher und sachlicher Natur.

Sodann die Person als Inhaberin der besonderen persönlichen Rechtsgüter, wie Freiheit, Ehre, körperliche Integrität etc.

Endlich den Persönlichkeitstatbestand, das So- oder Anderssein eines bestimmten Individuums nach Massgabe seines Tuns Lassens, seiner Gedanken, Gefühle und Wollungen, seiner äusseren Beschaffenheit etc.

Der Ausdruck Missachtung der Person bezeichnet in seiner Beziehung auf die Rechtspersönlichkeit: jedes Vergehen gegen den Einzelnen, in der Beziehung auf die Person im zweiten Sinne,: die Verletzung eines persönlichen Rechtsgutes, in derjenigen endlich auf den Persönlichkeitstatbestand: die Ehrenbeleidigung.

Nur in der letzten Beziehung bedeutet Missachtung der Person ein bestimmtes Delikt. Gebraucht man den Ausdruck zur Bezeichnung einer Verletzung, die nicht Ehrenbeleidigung ist, so muss man daher stets, will man nicht ganz unbestimmt reden, das besondere Recht oder Rechtsgut angeben oder angeben können, welches im Einzelfalle verletzt wird. Verletzungen, wie die vorübergehende Entziehung des Besitzes einer beweglichen Sache,[6]) oder ein unbefugtes Betreten eines fremden Grundstücks,[7]) bei welchem von der Aeusserung eines Urteils über den fremden Persönlichkeitstatbestand nicht die Rede ist und die darum den Begriff der Ehrenbeleidigung nicht erfüllen, sind ihrem Wesen nach nicht hinreichend gekennzeichnet, wenn man von ihnen sagt, dass sie „nur eine Missachtung der Person“[8]) oder „eine blosse

---

[6]) Ubbelohde, Interdikte, V S. 15.

[7]) Seufferts Archiv, Bd. 31 S. 311 statt vieler.

[8]) Ubbelohde, Interdikte, V S. 15.

Rücksichtslosigkeit und Missachtung fremder Persönlichkeit[9]) enthalten. Es bedarf hier vielmehr noch der Feststellung des bestimmten missachteten Rechtsgutes. Das kann im Einzelfalle die Freiheit des konkreten Handelns oder auch das Interesse an der Ausschliessung Fremder vom Aufenthalte an bestimmten Orten sein. Es besteht aber gerade im Gebiete der geringeren nicht mehr unter die gewöhnlichen Schutzmittel fallenden Sachgutsverletzungen eine merkwürdige Scheu, das individuelle Objekt der Verletzung aufzusuchen und zu benennen. Man begnügt sich hier meist wie in unseren obigen Beispielen mit dem allgemeinen, die Frage nach dem individuellen Charakter des Vergehens völlig offenlassenden Ausdrucke Missachtung der Persönlichkeit, mit welchem man freilich das Delikt einem unklar gedachten Injurien- oder Beleidigungsbegriff subsumiert zu haben glaubt.

Den drei durch die Worte Persönlichkeit oder Person bezeichneten Positionen entspricht endlich sowohl im ungestörten Besitz wie in der Verletzung ein dreifach verschiedenes Gefühlserlebnis.: Jede Verletzung meiner Rechtspersönlichkeit kränkt mein Selbstgefühl, die Verletzung eines persönlichen Rechtsgutes zeichnet sich durch eine ganz besonders starke Gefühlswirkung aus, die Ehrenbeleidigung endlich gibt sich in einer speciellen Verletzung des Ehrgefühls kund.

---

[9]) Seufferts Archiv, Bd. 31 S. 311 statt vieler.

Zweiter Teil.

Die Dogmengeschichte der Iniuria seit dem XIX. Jahrhundert.

§ 3.

Uebersicht über das Quellenmaterial.

Die Darstellung und Widerlegung der bisherigen Anschauungen über das Wesen der Iniuria setzt eine wenigstens oberflächliche Kenntnis des Quellenmaterials voraus, über welches wir daher hier bereits eine kurze Uebersicht geben wollen.

Man kann die Vergehen, welche uns von den Quellen Dig. 47. 10, C. 9. 35, Inst. IV. 4 und an anderen Stellen als Fälle der Iniuria überliefert sind, in drei Gruppen einteilen:

I. Gruppe. Hierher gehören diejenigen Rechtssätze und Tatbestände, welche unseren Vergehen der Beleidigung, Ehrenbeleidigung, Ehrverletzung entsprechen. Diese Gruppe wird hauptsächlich repräsentiert durch die beiden Edikte gegen das convicium und die infamatio 1. 15. §§ 2. 25. D. h. t.

II. Gruppe. Hierher zähle ich die Fälle, in denen ausser dem Rechte der Ehre ganz offenbar ein persönliches Rechtsgut angetastet wird, die Vergehen gegen den Leib und die unkörperlichen persönlichen Rechtsgüter. An Rechtssätzen kommen hier in Betracht die lex Cornelia de iniuriis gegen das pulsare et verberare und den Hausfriedensbruch, das Verbot des Angriffs auf die Geschlechtsehre etc. l. 5 pr. l. 10. l. 15 § 15 D. h. t.

Die III. Gruppe wird von einer Anzahl von Stellen gebildet, in denen der Angriff nicht gegen die persönliche, sondern gegen die sachliche Machtssphäre gerichtet erscheint. Diese Gruppe macht bei der Erklärung die meisten Schwierigkeiten und ist für uns die wichtigste.

Ich stelle sie hier zunächst nach Massgabe der bisher herrschenden Auffassung dar.

In l. 13 § 7 D. h. t., l. 2 § 9 D. 43. 8 handelt es sich um die Befugnis des Gebrauches der res publicae in publico usu, also um eine Erweiterung der sachlichen Machtssphäre, die nicht zum Privatvermögen gehört, sandern dem Einzelnen kraft seiner öffentlich-rechtlichen Qualität als Bürger, iure civitatis, zukommt. Die Fischerei und Schiffahrt auf offenem Meere, das Baden in öffentlichen Anstalten oder Flüssen, der Besuch des Theaters und der Aufenthalt an öffentlichen Plätzen erscheinen hier als unmittelbares Schutzobjekt der Injurienklage.

Weit zahlreicher sind die Fälle, wo es sich um den Schutz privatsachenrechtlicher Befugnisse zu handeln scheint.

Ganz allgemein soll die Injurienklage nach l. 13 § 7 D. h. t. demjenigen zustehen, der in der Benutzung seines Eigentums behindert wird, eine Vorschrift, welche in dieser Auffassung an Allgemeinheit gewiss nichts zu wünschen übrig lässt und die zahlreichen kunstvoll ausgestalteten und von einander abgegrenzten Mittel zum Schutze des Eigentums, des Besitzes und der Detention in ihrem Grundgedanken zu wiederholen, ja entbehrlich zu machen scheint. Als Beispiele für die Anwendung dieser allgemeinen Vorschrift sieht man die l. 25 D. 19. 1 (Behinderung an der Wegschaffung der gekauften und übergebenen Ernte des Weinberges) und l. 14 D. h. t. (Behinderung des Eigentümers am Verkauf seines Sklaven) an.

Während es sich in den bisher erwähnten Fällen um bewegliche Sachen handelte, soll sich l. 44 D. h. t. auf die Störung im Gebrauche einer unbeweglichen Sache durch böswillige Immission von Rauch etc. beziehen. Auch diese Anwendung der Injurienklage muss befremdlich erscheinen, da es sich um Fälle aus dem ureigensten Geltungsgebiet, wenn nicht der negatoria, so doch sicherlich des interdictum uti possidetis, handelt.

Endlich scheint in l. 15 § 21 und l. 20 D. h. t. die

widerrechtliche Occupation fremden Vermögens überhaupt, sei es als Ganzen, sei es in seinen einzelnen Bestandteilen, sei es durch wirkliche Inbesitznahme, oder durch Anlegung von Siegeln, als Iniuria untersagt zu sein.

In den beiden ersten Gruppen handelt es sich zweifellos um Personalverletzungen. Wir werden aber sehen, dass auch in allen Fällen der dritten Gruppe persönliche Güter Angriffsobjekte sind. Der konkrete Tatbestand dieser Fälle enthält jedesmal einen Eingriff sowohl in die sachliche als auch in die persönliche Machtsphäre. Doch wird sich uns bei näherem Zusehen ergeben, dass die Verletzung des persönlichen Gutes der einzige und allein hinreichende Grund der hier gewährten actio iniurium ist.

§ 4.

1.

Weber.[1])

Webers Ausgangspunkt ist die gemeinrechtliche Praxis seiner Tage, welche geneigt war, jede in der Absicht zu kränken begangene Verletzung eines Anderen, soweit sie nicht durch ein spezielles gesetzliches Verbot getroffen wurde, als Injurie zu behandeln. Gegen diese Ausdehnung des Injurienbegriffs ins Ungemessene macht Weber energisch Front. Er verwirft die Vermischung der Injurie mit anderen Arten des vorsätzlichen Unrechts (S. 33) und die darin enthaltene Auffassung derselben als eines ganz allgemeinen und subsidiären Deliktes. Die Injurie ist ihm ein durchaus spezielles, neben anderen stehendes Vergehen, das sich von anderen Delikten durch das ihm ausschliesslich eigentümliche Angriffsobjekt auszeichnet. Er definiert sie als diejenige „unbefugte Handlung, wodurch jemand die vollkommenen Rechte eines Anderen in Ansehung des guten Namens, der Ehre oder Achtung vorsätzlich verletzt“ (S. 16). Sie ist im Gegensatz zu allen anderen Delikten „nur in den Fällen denkbar, wo das Unerlaubte der Handlung in einer Verletzung oder Störung derjenigen Rechte besteht, welche hauptsächlich unsere Ehre, Achtung und guten Namen betreffen. Die Beleidigung muss von der Art sein, dass entweder wir dadurch in den Augen Anderer herab-

[1]) Weber, Ueber Injurien und Schmähschriften, 3. Auflage, 1803 f.

gewürdigt werden und in Ansehung unseres guten Namens leiden können, oder dass wenigstens der Beleidiger seinerseits den Pflichten zuwider gehandelt hat, die ihm eigentlich vermöge der uns gebührenden Achtung oblagen" (S. 34, 35).

Die klare Abgrenzung des Beleidigungsbegriffes gegen andere Delikte wird ganz allgemein und mit Recht als das grosse Verdienst Webers hervorgehoben.

Für uns aber kommt hauptsächlich eine andere Seite der Weber'schen Arbeit in Betracht, welche geringeres Lob verdient. Soweit Weber den selbständigen Begriff der Ehrenbeleidigung aus der Natur der Sache ableitet und seine Beachtung als Postulat für die Praxis aufstellt, können wir ihm ohne weiteres zustimmen. Dagegen muss es unseren Widerspruch herausfordern, wenn Weber den von ihm auf deduktivem Wege gefundenen Beleidigungsbegriff als das Prinzip der römischen Deliktskategorie der Iniuria ausgibt. Der Beleidigungsbegriff, wie ihn Weber entwickelt hat, deckt eben aus dem weiten Anwendungsgebiet der Injurienklage nur die Fälle unserer Gruppe I. Nach der Einteilung, die Weber den Injurien gibt, fallen hierunter diejenigen durch Worte und andere sinnliche Darstellungen (S. 107 f.) und von den Realinjurien die „Tätlichkeiten, welche vorzüglich den Namen einer schimpflichen Behandlung verdienen, weil sie den Beleidigten nach angenommener Meinung oder vielmehr nach herrschendem Vorurteile der Gesellschaft, worin er lebt, in den Augen anderer besonders herabwürdigen, ihn dem Gespött aussetzen oder als Merkmale und Wirkungen eines hohen Grades der Geringschätzung anzusehen sind" (S. 92). Dagegen versagt der Gesichtspunkt der Ehrenbeleidigung vollständig gegenüber den Handlungen unserer Gruppe II, soweit der Ausdruck eines absprechenden Urteils mit ihnen nicht konkurriert und gegenüber der ganzen Gruppe III. Weber fasst alle diese Fälle als eine zweite Art der Realinjurien zusammen und bezeichnet sie als „unerlaubte Tätlichkeiten anderer Art, die nicht eben geradezu und an sich betrachtet der Ehre und Achtung im gedachten Umfange schädlich oder demjenigen, der sie leidet, schimpflich sind, ob sie gleich in konkreten Fällen hin und wieder nur in der Absicht andere zu kränken verübt werden, und daher Folgen einer ungebührlichen Verachtung sein können" (S. 95, 96). Die hierunter fallenden

Vergehen unserer Gruppe III fasst Weber durchaus als Verletzungen der sachlichen Machtsphäre auf (S. 102 f.). Alle diese Handlungen haben mit dem von Weber selbst scharf abgegrenzten Beleidigungsbegriffe natürlich nichts zu tun. Da er aber von der Identität des Beleidigungsbegriffes mit der Iniuria als überkommener und ungeprüfter Voraussetzung ausging, so konnte er diese Fälle nicht über Bord werfen, sondern er musste sich bemühen, ihren Zusammenhang mit dem Verbot der Ehrverletzung nachzuweisen. Zu seiner Ehre sei hervorgehoben, dass er sich bei diesem schwierigen Unterfangen nicht recht wohl fühlt. Die äusserst umständliche Art, wie er in den mitgeteilten Stellen jene Handlungen an die Ehrverletzung anzuknüpfen sucht, verrät seine sichtliche Verlegenheit. Die Begründung führt ihn zu der Ansicht zurück, dass Injurien Handlungen in Kränkungsabsicht seien (S. 101), während doch die Bekämpfung und Widerlegung dieser Theorie Ausgangspunkt und Zweck seiner Schrift war. Wenn er sich schliesslich recht verlegen („vielleicht" S. 97) der Ansicht des *Thomasius* anschliesst, dass die Römer „manches, was an sich nicht gleich als Injurie im eigentlichen Verstande zu betrachten sein würde, hauptsächlich darum zum Gegenstand der Injurienklage gemacht haben, weil sonst nicht füglich eine Klage für den Beleidigten stattgefunden hätte", so liegt darin das versteckte Geständnis, dass sich der bei weitem grösste Teil der Injurien dem Beleidigungsbegriffe eben nicht subsumieren lässt. Freilich ist Weber über die erwähnten Zweifel, Bedenken und Widersprüche hinaus zu einer klaren Einsicht der Unzulänglichkeit des Begriffs der Ehrenbeleidigung für die Erklärung der Deliktskategorie der Iniuria nicht gelangt. Es war der gleissnerische Doppelsinn der Worte Achtung, Verachtung, Würdigung, welcher ihm den tatsächlichen Bankrott seiner Theorie in ihrer Anwendung auf das römische Injurienrecht verhüllte. Gewiss, man kann von allen Handlungen unserer Gruppen II und III sagen: der Täter „würdige den Verletzten nicht einmal soviel, dass er sich des freien Gebrauches der gemeinen Menschenrechte erfreuen dürfe" (S. 7), oder, „er handle den Pflichten zuwider, die ihm eigentlich vermöge der uns gebührenden Achtung oblagen" (S. 35), oder, sie seien „Folgen einer ungebührlichen Verachtung" (S. 96, 101). Aber es haben die Ausdrücke: Würdigung, Achtung, Verachtung

in dieser ihrer Anwendung und in der Anwendung auf die Beleidigung eine ganz verschiedene Bedeutung. Hier bezeichnen sie die Handlungstendenz der praktischen Achtung, dort das mit dem Urteil über den Persönlichkeitstatbestand verbundene Wert- oder Unwertgefühl. Es lassen sich also die Handlungen der Gruppen II und III keinesfalls unter die Beleidigungen subsumieren. Der Fehler unseres in allen Dingen sehr klaren und präzisen Autors aber findet seine Entschuldigung in der doppelten Verwendbarkeit jener Ausdrücke nach dem Sprachgebrauche.

§. 5.

2.

Walter.[1])

Die *Walter*sche Auffassung enthält zwei unvermittelt nebeneinander stehende Theorieen über das Wesen unserer Deliktskategorie, die getrennt zu behandeln sind.

I.

Der Kreis der Injurien fällt an sich mit dem strafbaren Unrecht gegen den Einzelnen überhaupt zusammen. Wenn es Vergehen gegen den Privaten ausserhalb der Injuria gibt, so beruht das durchaus auf positiver Satzung, indem einzelne Injurienfälle unter Erteilung eines besonderen Namens als Privatdelikte verselbstständigt wurden, während an anderen das öffentliche Wohl in dem Masse interessiert war, dass man ihre Verfolgung der Willkür des Verletzten entzog und der öffentlichen Anklage zugänglich machte (S. 248. 252 f.).

Innerhalb dieses weiten Kreises unterscheidet Walter die idealen Injurien (S. 278. 283), zu denen er hauptsächlich die Fälle unserer Gruppe I zählt und die mit dem Delikte der modernen Ehrenbeleidigung zusammenfallen. In allen übrigen Fällen, also denen unserer Gruppen II. III., hält er den Begriff der modernen Ehrenbeleidigung für unanwendbar, er weist sogar die Bezeichnung derselben als Ehrverletzung ausdrücklich zurück (257). Die Macht der Ueberlieferung aber ist so gross, dass er die Notwendigkeit der Konstruktion dieser Fälle nach dem Schema „Verletzung der

---

[1]) Walter, Ueber Ehre und Injurien nach Römischen Recht, im Neuen Archiv des Kriminalrechts, Band 4, 1820. S. 108 f, 241 f.

Ehre" für selbstverständlich hält und seine Untersuchung von vornherein darauf beschränkt, einen zweiten, weiteren Begriff der Ehre zu finden, welcher sich als Angriffsobjekt auch den mannigfachen Handlungen der Gruppen II. III zu Grunde legen liesse. Nachdem er diesen Begriff in dem ersten Teile seiner Arbeit in Gestalt der existematio — bürgerliche Rechtsfähigkeit nach l. 5 D. 50. 13 gefunden und erörtert hat, macht er ihn im zweiten Teile ohne weiteres zum Angriffsobjekt aller Injurien, ohne mit einem Worte zu begründen, warum die Gesamtheit der Injurien als Verletzung irgend einer Ehre konstruirt werden müsse. (S. 243). Während er nun in den Fällen der idealen Injurie immer nur eine Verletzung annimmt, nämlich die der Ehre im faktischen Sinne (S. 282. 283), sind in den übrigen Fällen der Injurien immer zwei Vergehen in einer Handlung enthalten (so ausdrücklich S. 248. 283): zunächst die Verletzung des im einzelnen Falle betroffenen speciellen Rechtes oder Rechtsgutes, ausserdem aber und das sei das Spezifische der römischen Auffassung, noch eine Verletzung der Ehre im Sinne der bürgerlichen Rechtsfähigkeit. „So gewiss wie jeder Bürger die Gesetze achten muss, so muss er auch die Rechtsfähigkeit seines Mitbürgers in dem von den Gesetzen bezeichneten Umfange anerkennen. Allein wenn jemand irgend ein Recht eines andern verletzt, so greift er einen Teil von dessen Rechtsfähigkeit an, indem er diesem nicht alle Rechte zugestehen will, welche der Staat demselben zugesichert hat. Mithin liegt in einer jeden Rechtsverletzung ein Angriff auf die existimatio, eine Injurie." (S. 283. 284.) In einzelnen Deliktsfällen nun wird der Gesichtspunkt der Ehrverletzung von demjenigen der Verletzung des speciell angegriffenen Rechtes oder Rechtsgutes konsumiert; dann tritt das Delikt selbständig unter eigenem Namen auf, so z. B. beim Furtum. Eine Injurie dagegen ist überall dort gegeben, wo umgekehrt die Ehrverletzung den Gesichtspunkt des speziellen Deliktes aufzehrt (S. 248).

In Walters Theorie steckt ein wahrer Kern. Dieser deckt sich mit der neuerdings von *Mommsen*[2]) aufgestellten und von *Maschke*[3]) näher ausgeführten und begründeten Annahme über

[2]) Mommsen, Strafrecht S. 784 und 825.

[3]) Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems §§ 1, 3.

die Geschichte der Entwicklung des Begriffs Iniuria. Danach umfasste die Iniuria ursprünglich als eine weite, durchaus allgemein gedachte Deliktskategorie das gesamte Unrecht gegen den Privaten überhaupt, mit Ausnahme des furtum und der als öffentliche Verbrechen behandelten Delikte. Später zweigte sich die Sachbeschädigung in der lex Aquilia ab. Die Iniuria beschränkte sich nunmehr auf die unmittelbaren Verletzungen der Person schlechthin. Diese Entwicklung bietet einmal die einzige Möglichkeit die Terminologie der Quellen zu verstehen. Wenn der Name der persönlichen Verletzung und der des Unrechts überhaupt zusammen fallen. so erklärt sich das ganz einfach daraus, dass der Name der ursprünglichen allgemeinsten Kategorie des civilen Unrechts nach Verselbstständigung der Sachbeschädigung eben an den allein in jeder Kategorie noch verbleibenden Persönlichkeitsdelikten haften blieb. Andrerseits deutet in der technischen Bezeichnung der Sachbeschädigung: damnum iniuria datum, das Wort iniuria auf die Herkunft aus dem alten Unrechtsbegriff, das damnum, welches geflissentlich zur Iniuria = contumelia in Gegensatz gebracht wird (l. 5 § 1 D. 9. 2) anf das die Verselbstständigung begründende Moment hin. Die Theorie hat aber hohe innere Wahrscheinlickeit auch deswegen in sich, weil sie trefflich mit den Gesetzen der Entwicklung menschlicher Begriffe übereinstimmt. Die alte umfassende Begriffskategorie der iniuria fasste eine Summe verschiedenartiger Delikte, denen die Richtung gegen den Einzelnen gemeinsam ist, äusserlich und schematisch zusammen. Spätere Betrachtung erst schärfte das juristische Auge für die Erfassung der individuellen charakteristischen Merkmale der einzelnen Delikte und führte auf Grund dieser eingehenderen Erkenntnis des individuellen Unrechtsfalles zu der auf der inneren Verschiedenheit oder Zusammengehörigkeit ruhenden Teilung und Zusammenfassung der Delikte wider das Vermögen und derjenigen wider die Person. So enthält diese Theorie eine Bestätigung des allgemeinen Entwickelungsgesetzes des menschlichen Geistes, wonach weder die Erfassung des konkreten Einzelnen, noch die des abstrakten Allgemeinen in den Erlebnissen, sondern eine Schematisierung derselben nach äusseren Gesichtspunkten das Ursprüngliche ist und die Arbeit des Geistes von den auf dieser Stufe gewonnenen

Allgemeinvorstellungen gleichzeitig zu genauerer Erkenntnis des Einzelnen in seinem Wesen und zur Abstraktion der wesentlichen Momente fortschreitet.[4])

In diesem Sinne ist also Walters Theorie, dass die Iniuria die ursprüngliche und allgemeine Deliktskategorie gewesen sei, aus der sich die anderen Delikte durch Abzweigung entwickelten, richtig. Falsch dagegen ist die Behauptung, dass diese Kategorie sich auch später noch prinzipiell oder der Tendenz nach auf alle Delikte ohne Unterschied im Angriffsobjekte bezog, dass ihr die Konstruktion als Verletzung der existimatio im Sinne der l. 5 D. 50. 13 zu Grunde lag und dass nach römischer Auffassung in jedem Delikte neben der speziellen Verletzung des Körpers, der Freiheit etc. an sich eine Verletzung dieser existimatio einherlief.

Dass nur Verletzungen persönlicher Güter zu den Injurien gehören, werden wir später sehen. Walters Behauptung, dass die Injurienkategorie an sich, d. h. abgesehen von positiven Ausnahmen, sich auch später noch auf das gesamte Gebiet des Unrechtes gegen den Einzelnen also auch auf Vermögensverletzungen bezogen habe, hängt damit zusammen, dass er als Objekt der Injurie die existimatio in der Bedeutung als gesamte Rechtsfähigkeit nach l. 5 § 1. i. f. D. 50. 13 ansieht. Es ist merkwürdig, dass Walter über der ausführlichen, ja breiten Erörterung des Begriffes der existimatio an der Hand der erwähnten Stelle den Beweis für die Existenz einer Beziehung zwischen der existimatio und der Iniuria im weiteren Sinne völlig vergisst und ohne weiteres aus der Existenz eines doppelten Ehrbegriffes auf die Existenz zweier Arten der Ehrverletzung schliesst, von welchen die gegen die existimatio im Sinne der bürgerlichen Rechtsfähigkeit gerichtete das gesamte Injuriengebiet ausserhalb der Ehrenbeleidigung im engeren Sinne deckt. Bei näherem Zusehen ist es allerdings mit diesem von Walter vernachlässigten Beweise sehr schlecht bestellt. Das Wort existimatio kommt in den der Injurie gewidmeten Titeln der Digesten und des Codex überhaupt nur viermal vor. In l. 7 pr. D. h. t. bezeichnet es das Bürgerrecht des mit der Injurienklage Belangten, welches durch die Anstrengung

---

[4]) Lipps, Aesthetik, I S. 264.

der infamierenden actio gefährdet ist[5]). In l. 1 § 6 D. h. t. ist die Achtung gemeint, welche dem Toten geschuldet wird. Nur in l. 1 § 4 D. h. t. und in l. 2 C. h. t. ist von der Verletzung der existimatio eines lebenden Menschen durch die Injurie gesprochen. Nehmen wir nun einmal wirklich an, das Wort existimatio bedeute hier die Rechtsfähigkeit oder Rechtsposition, so besagen diese Stellen doch nur, dass die Injurie gegen den Toten sich auf die Rechtssphäre des Erben, die gegen die Rechtssphäre des Sohnes gerichtete auf diejenige des Vaters beziehe. Für das Wesen der Injurie folgt daraus nur, dass sie immer gegen die Rechtssphäre eines lebenden Einzelnen gerichtet ist, nicht auch umgekehrt, dass jede Verletzung der Rechtssphäre ohne weiteres eine Injurie sei. Man darf der ersten Folgerung nicht ihre Selbstverständlichkeit entgegen halten, da die erwähnten Stellen über den materiellen Umfang der Injurienkategorie ja überhaupt nichts festsetzen wollen. Es besteht aber des weiteren überhaupt keinerlei Zwang in der existimatio hier die ungeschmälerte Rechtsposition der l. 5 § 1 D. 50, 13 zu sehen. Denn das Wort existimatio bezeichnet, von seiner Grundbedeutung als Meinung abgesehen, auch das psychische Element des Schätzens, Achtens, Ehrens schlechthin, so dass seine Anwendbarkeit sich mit den beiden Bedeutungen der „guten Meinung“ und der „Rechtsfähigkeit“ nicht erschöpft. Wir werden von dieser im Wesen des Wortes liegenden Möchlichkeit, es hier mit Achtung in einem allgemeinen oder gerade den Injurien entsprechenden Sinne aufzufassen, umsomehr Gebrauch machen müssen, als besonders gewichtige Gründe sprachlicher Natur dagegen geltend gemacht werden können, dass das Wort in l. 1 § 4 D. h. t. und l. 2 C. h. t. im Sinne der l. 5 § 1 D. 50, 13 verwendet sei. Es bezeichnet nämlich die existimatio der l. 5 § 1 D. 50, 13 die Rechtsfähigkeit nicht schlechthin sondern nur in einer ganz bestimmten Beziehung, nämlich in kausaler Abhängigkeit von dem sitten- und rechtsgemässen Verhalten ihres Inhabers. Der Begriff trifft die Rechtsfähigkeit nur unter dem ganz kleinen Winkel ihrer Abhängigkeit von dem Wohlverhalten des Trägers. Die Kehrseite dieser Beschränkung ist, dass die existimatio die Rechtsfähigkeit weder in ihren Beziehungen zu

[5]) Anders, doch offenbar unrichtig Leonhard, der Schutz der Ehre im alten Rom. Rektoratsrede. Breslau 1902, not. 78.

anderen Voraussetzungen (Geburt, Familienzugehörigkeit, Caput) noch auch in der Wirkung der Rechte und Rechtsgüter gegen Dritte bezeichnen kann. Sie steht, mindert sich oder fällt mit der Bescholtenheit ihres Inhabers, bleibt aber unberührt, wenn die Rechtsfähigkeit z B. durch Wechsel der Familie gemindert wird. Der Verletzung durch einen Dritten kann sie nur mittelbar dann unterliegen, wenn dieser den Inhaber zu einem Verhalten bestimmt, das ihre Beeinträchtigung nach sich zieht. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass die Körperverletzung, Freiheitsberaubung etc. die existimatio im Sinne der l. 5 § 1 D. 50, 13 angreifen. Denn ein Wort, das für einen Gegenstand zunächst nur in einer ganz bestimmten Beziehung gebraucht wird, muss nicht ohne weiteres deswegen auch schon für diesen Gegenstand in allen anderen Beziehungen gelten. Die Verwendung des Wortes existimatio im Sinne der gegen Dritte wirksamen, durch Delikte verletzbaren Rechtsposition aber ist nirgends klar bezeugt. So fehlt es für die Beziehung der Iniuria auf die existimatio in dem erwähnten Sinn an jedem Beweise. Es ist Walter zu diesem Teile seiner Theorie auch nicht auf induktivem Wege gelangt. Ihm stand vielmehr einerseits fest, dass die Iniuria Vergehen der mannigfaltigsten Art ohne Rücksicht auf die Natur des Angriffsobjektes enthalte, andererseits, dass sie als Verletzung der Ehre konstruiert werden müsse. Als Objekt dieser Verletzung ergab sich dann eben derjenige Ehrbegriff, der das gesamte Gebiet der Rechtsfähigkeit umfasste, d. h. eben die existimatio in diesem Sinne. Was Walter sonst noch für die Tendenz der Iniuria, das gesamte Unrecht gegen den Privaten zu umfassen, beibringt, ist ohne Belang. Er zieht noch die Stelle Coll. II, 5. 2 herbei, sowie die Analogie des crimen laesae maiestatis. Der zitierte Ausspruch des Juristen *Paulus* steht am Schlusse einer Erörterung der verschiedenen Arten der Iniuria im weitesten Sinne als Unrecht überhaupt und hebt das allen gemeinsame Merkmal: quod semper adversus bonos mores fit inque non fieri alicuius interest, noch einmal hervor, nur um dann alsbald im folgenden Satze: hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit, zur Erörterung der iniuria — contumelia überzugehen. Die Definition bezieht sich also gar nicht auf die Iniuria im engeren Sinne. Auch die Analogie des crimen laesae maiestatis beweist nichts.

Maiestas bedeutet eben die verletzbare Gesamtrechtstellung des Staates, während die existimatio dieselbe Bedeutung für die Rechtssphäre des Privaten nicht besitzt. Der Umfang der Kategorie der laesa maiestas spricht, wenn man überhaupt einen Vergleich ziehen darf, eher für die Beschränkung der Iniuria auf persönliche Delikte, da Verletzungen des Staatsvermögens nicht unter das crimen fallen.

Einer besonderen Widerlegung bedarf neben der Existenz der Beziehung der iniuria auf die gesamte Rechtsfähigkeit auch die von Walter angenommene Art dieser Beziehung, die mit der Annahme der Existenz noch nicht ohne weiteres gegeben ist. Stellen wir uns für einen Augenblick auf den Standpunkt, dass die Iniuria an sich das gesamte Unrecht gegen den Einzelnen umfasst und sich gegen die Rechtsfähigkeit oder Rechtsposition richtet. Die allgemeine bürgerliche Rechtsfähigkeit kann selbstständiges Angriffsobjekt eines Deliktes sein beim plagium und der dolosen vindicatio in servitutem, die auf widerrechtliche Begründung oder Erhaltung der Sklaverei, also auf die Zerstörung der Rechtsfähigkeit hinarbeiten, sie in ihrer Existenz angreifen. Mit Ausnahme dieses Anspruches auf Erhaltung und Fortbestand aber stellt die Rechtsfähigkeit oder Rechtsposition keine selbstständigen Forderungen neben denjenigen, welche die einzelnen Rechte stellen. Es ist vielmehr die Rechtsfähigkeit die Quelle der Wirksamkeit aller Rechte. Sie macht die sozialen Ansprüche der Menschen zu Rechtsansprüchen, seine tatsächlichen Güter zu Rechtsgütern. Sie steht nicht ausserhalb der durch die einzelnen Rechte und Rechtsgüter gebildeteu Rechtssphäre des Menschen, sondern ist die in ihnen und nur in ihnen wirksame Kraft. Es ist daher die Verletzung der Rechtsfähigkeit, die in der Verletzung eines einzelnen Rechtes liegt, nicht als eine von dieser getrennte und besonders zu zählende Verletzung aufzufassen, da die einzelnen Rechte nur Teile der durch die Rechtsfähigkeit geschaffenen und aufrecht erhaltenen Rechtspositionen sind, die Rechtsfähigkeit selber aber nicht ausserhalb des einzelnen Rechtes existiert, sondern soweit sie aktuell d. h. als Wirksamkeit von Rechten und nicht potenziell d. h. als Möglichkeit zu ihrem Erwerbe aufgefasst wird, den einzelnen Rechten immanent ist. Es handelt sich nicht um zwei Objekte der Verletzung.

sondern um zwei verschiedene Weisen, dasselbe Objekt zu betrachten. Verletzt ist jedesmal nur das einzelne Recht, nur betone ich einmal seine selbstständige Wirksamkeit und spreche von einem besonderen Delikte, das andere Mal die Quelle, aus der es mit anderen Rechten zusammen die Kraft zur Abwehr schöpft, oder das Ganze zu dem es gehört, die Rechtsposition, und sehe in der Verletzung des Rechtes die Verletzung der gemeinsamen Quelle oder des Ganzen. Die Norm: Erkenne die Rechtsfähigkeit des Bürgers an, gestehe ihm alle Rechte zu, welche die Rechtsordnung ihm zugesichert hat, ist den Normen: Achte Leben, Freiheit, Eigentum, Ehre des Anderen nicht nebensondern übergeordnet, jene ist die lex generalis, diese sind die leges speciales. In Abweichung hiervon nimmt Walter für das römische Recht in jedem Falle zwei Verletzungen an, eine des speziellen Rechtes oder Rechtsgutes und eine der Rechtsfähigkeit (S. 248). Die Richtung gegen die Rechtsfähigkeit bildet bei ihm nicht nur das allen Delikten gemeinsame Moment, sondern noch einmal ein besonderes Delikt, das der Tendenz nach mit allen Spezialdelikten konkurriert. Dieses konkurrierende Vergehen wird durchaus als Ehrverletzung im modernen Sinne, nur unter Einsetzung des entsprechenden weiteren Ehrbegriffes der existimatio konstruiert.

Mit dieser Theorie von der Doppelverletzung ist nun vor allen Dingen die Tatsache unvereinbar, dass ein Teil der Delikte gegen den Einzelnen n u r mit der Injurienklage, ein anderer n u r mit speziellen Deliktsklagen verfolgbar ist. Es bleibt unerklärlich warum, wenn in jedem Privatdelikte eine Doppelverletzung vorhanden ist, bei einzelnen nur die Verletzung der Ehre, bei anderen nur diejenige, des einzelnen Rechtes oder Rechtsgutes für die Benennung und Behandlung massgebend wurde. Das sucht Walter folgendermassen zu erklären: „Wenn . . . . in einer Handlung zwei Vergehen zugleich enthalten sind, so wird der Name und die Strafe des geringeren durch das grössere konsumiert“ (S. 248). Aber abgesehen davon, dass eine Regel dieses Inhaltes allgemein nicht existiert, führt uns der Versuch ihrer praktischen Anwendung zu der absurden Unterstellung, dass die Römer die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit, die Geschlechtsehre, die ganz oder zum Teil immer Schutzobjekte der Injurienklage

blieben, im allgemeinen minder bewertet hätten, als etwa das Eigentum, gegen dessen Entziehung und Beschädigung besondere Klagen reagierten. Man würde auf diesem Wege zu einer Wertscala der Güter gelangen, auf welcher die Schutzobjekte der Injurienklage unter, die der besonderen Deliksklage über dem Wertpunkt der Ehre zu liegen kämen, so dass bei jenen die grössere Verletzung der Ehre diejenige des kleineren Rechtsgutes, bei diesen die grössere des speziellen Rechtsgutes die kleinere der Ehre komsumiert hätte. Es widerlegt sich so die Theorie der doppelten Verletzung bereits durch ihre absurden Konsequenzen.

Die Schuld an dieser durchaus unhaltbaren Konstruktion trägt wiederum die Verwechselung der beiden von uns im ersten Teile auseinandergehaltenen Wertbegriffe oder vielmehr der Arten, wie sich die Verletzung des Wertes in dem einem und dem andern Falle äussert. Jene Verwechslung treibt hier ihr Spiel unter dem gemeinsamen Namen des „Anerkennens, Zugestehens“ der Rechtsfähigkeit und der Rechte (S. 243, 244). Ich versage der fremden Rechtsfähigkeit oder Rechtssphäre die Annerkennung, ich gestehe dem andern nicht alle Rechte zu, welche ihm der Staat zusichert, kann einmal bedeuten, dass ich sie in meinem Handeln praktisch nicht berücksichtige, das andere Mal, dass ich in meinem Innern ihre Existenz leugne und dieses Urteil nach Aussen kundgebe. In dem ersten Sinne bezeichnen Anerkennung und Zugestehen die allen Delikten gemeinsame, in jedem und nicht besonders neben jedem verwirklichte Konstellation der Motive im Täter. Gebraucht man sie im zweiten Sinne, so liegt in der Nichtanerkennung und ihrer Aeusserung ein Verstoss gegen eine einzelne spezielle Norm, welche die Aeusserung Dritten ungünstiger Urteile verbietet.

Es ist nun für die Art, wie Walter zu seiner Theorie der Doppelverletzung gelangt ist, eine zweifache Möglichkeit gegeben. Entweder er glaubte in der Tat, dass in jeder Verletzung eines Rechtes zugleich das Urteil ausgesprochen wird, der Verletzte besitze das betreffende Recht nicht. Sollte speziell über die existimatio etwas ausgesagt sein, so müsste alsdann das in der Handlung liegende Urteil dahin gehen, der Verletzte habe durch ein der Sitte oder dem Recht zuwiderlaufendes Verhalten den

Achtungsanspruch für das angegriffene Recht oder Rechtsgut verwirkt, er sei nach dieser Richtung nicht mehr rechtsfähig. Dass jeder Verletzung des Einzelnen ein solcher Aeusserungsgehalt innewohne, widerspricht aber schlechthin der gemeinen Erfahrung. In die moderne Rechtssprache übersetzt würde eine solche Annahme nichts anderes bedeuten, als dass der Täter eines Deliktes beim Verletzten jederzeit eine Schmälerung der bürgerlichen Ehrenrechte behauptet, wobei allerdings eine Gesetzgebung vorauszusetzen ist, die als Ehrenfolge rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens auch eine Minderung der rein privaten persönlichen und sachlichen Rechte oder Rechtsgüter kennt. Wahrscheinlicher ist jedoch die andere Möglichkeit, dass Walter die beideu Arten des Anerkennens oder Zugestehens und ihrer Aeusserung verwechselt hat. Er meinte gewiss zunächst nur die Anerkennung im praktischen Handeln, schob ihr aber, durch die Gleichheit des sprachlichen Symbols über den Wechsel des Objektes getäuscht, die Aeusserungsweise der Anerkennung und des Zugestehens in dem von uns oben erwähnten zweiten Sinne: durch Mitteilung eines Urteils, unbewusst unter und gelangte so dazu, in jeder Verletzung ausser der praktischen Nichtachtung des einzelnen Rechtes die Behauptung seiner Nichtexistenz und damit einen besonderen Verstoss gegen die Norm: Du sollst nicht einem Anderen ungünstige Gedankeninhalte äussern, zu finden.

II.

Für die Abgrenzung der actio iniuriarum gegenüber anderen Klagen stellt Walter ausser dem oben erwähnten Prinzip der Konsumtion des grösseren Deliktes durch das geringere noch das andere auf, dass zur Injurienklage alle Rechte gehören, die näher mit der Person zusammenhängen. Es ist dies ein zweites selbständiges Prinzip, das sich mit jenem ersten nicht vereinigen lässt, da, wie wir gesehen haben, jeder Versuch der Vereinigung zu der Unterstellung führt, dass den Römern sämtliche mehr mit der Person zusammenhängenden Verletzungen von geringerer, sämtliche mehr auf das Vermögen bezüglichen von grösserer Wichtigkeit erschienen als die Verletzung der Ehre. Zu der hier behaupteten persönlichen Natur aller Delikte der Injurienkategorie aber steht im Widerspruch die Walter'sche Auffassung der Fälle

unserer Gruppe III, da er ihr Wesen in der Verletzung eines Verhältnisses der Person zur Sache sieht. Von anderen Verletzungen sachenrechtlicher Befugnisse sollen sie sich nur dadurch unterscheiden, dass die Rechtsverletzung nicht hauptsächlich in einer Verminderung des Vermögens besteht. Darauf ist aber zu erwidern, dass, wenn man die Verletzungen in solche teilt, welche näher mit der Person und solche, die näher mit dem Vermögen (res familiares) zusammenhängen (S. 249), es nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde die gegen die sachliche Machtsphäre gerichteten Angriffe blos deswegen, weil sie keinen Vermögensschaden anrichten, näher mit der persönlichen als mit der sachlichen Machtsphäre verbunden sein sollen. Bemerkenswert ist, dass auch im Gebiete dieser gegen das Vermögen gerichteten Angriffe der Ausdruck „Verachtung des Eigentumsrechtes“ in seinem gefährlichen Doppelsinn offenbar zur Begründung der gegen sie reagierenden Injurien — Ehrverletzungsklage herangezogen wird (S. 268).

§ 6.

3.

Köstlin (Hegel).[1]

Köstlins Theorie beruht auf einer Verbindung der *Walter*'schen Lehre mit einem Gedanken der *Hegel*'schen Geschichtsphilosophie. In der Zuspitzung, welche *Köstlin* ihr gab, ist die Theorie *Walters* bis in die neueste Zeit die herrschende geblieben.

Es handelt sich hier um die *Hegel*'schen Ansichten von der Entwicklung des Weltgeistes, die er in seiner Philosophie der Geschichte[2]) niedergelegt hat, insbesondere aber um die Entwicklungsstufe, welche der Weltgeist im Volke der Römer erlangt haben soll. Die Weltgeschichte ist nach *Hegel* die Darstellung,

---

[1]) Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte S. 1 f.

Köstlin, Die Ehrverletzung nach deutschem Recht, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Baud XV. 1855. S. 152 f. Wo ich oben ohne Zusatz citiere, ist diese letzere Schrift gemeint.

[2]) Hegel, Philosophie der Geschichte. IX. Band der Gesamtausgabe von Gans

wie der Geist zum Bewusstsein dessen kommt, was er an sich bedeutet (S. 21). Die griechische Welt ist noch die Welt der unbefangenen Sittlichkeit, das Subjekt befindet sich hier in natürlicher Einheit mit dem allgemeinen Zweck (S. 105). Aber diese Einheit von Geist und Natur beginnt schon gegen Ende der griechischen Welt sich aufzulösen. Der Geist geht in sich selbst zurück. Er erlangt jedoch die ihm erst mit dem Christentum beschiedene Endstufe der Erkenntnis von seinem idealen Gehalt, der sittlichen Freiheit, der sittlichen Würde, die sich zur sittlichen Persönlichkeit entwickeln kann, nicht auf einmal, sondern durch eine Etappe hindurch. Dieses Uebergangsstadium ist die römische Welt. Es ist das universal-historische Verdienst der römischen Geschichte, dass sie dem Individuum als Vorbereitung der völligen Selbsterkenntnis zunächst die Idee der Rechtspersönlichkeit gab. In Rom musste sich der Einzelne vollständig dem Staate hingeben, das Allgemeine unterjochte die Individuen, sie müssen sich dem Staate opfern (S. 105, 106). Diese absolute Hingabe an den Staat aber hatte eine doppelte Folge. Einerseits wird die sittliche Individualität auf dem Altare des Staates geopfert. Das sittliche Individuum wird vom Staate in Banden geschlagen (S. 289). Nach allen Seiten sehen wir darum die Sittlichkeit der Empfindung entartet (S. 304). Vor dem Bewusstsein des Individuums stand weder das Vaterland noch sonst eine sittliche Einheit, sondern nur der alles zermalmende Staat (S. 327). Auf der anderen Seite aber gab der Staat dem Individuum als Gegenleistung für die vollständige Selbstentsagung, durch welche es sich jedes Inhaltes beraubt hatte, den Inhalt als Rechtspersönlichkeit. Dafür, dass sie sich hingeben, erhalten die Individuen die Allgemeinheit ihrer selbst, d. h. die Persönlichkeit. Sie werden dem abstrakten Begriffe der Persönlichkeit einverleibt (S. 105, 106), der gleichgültig ist gegen die konkreten Bestimmungen des lebenden Geistes, mit denen es die Individualität zu tun hat (S. 290). Sie werden zu einem abstrakten Allgemeinen (S. 289). In dieser Rechtsbestimmung der Person als einer solchen, die Eigentum haben kann, ist dem Individuum die abstrakte Freiheit zuteil geworden (S. 326). Diese Freiheit aber steht dem Individuum schon an sich zu, nicht nach seiner Lebendigkeit, nach einer erfüllten Individualität, sondern als abstraktem Individuum. Es ist dies

die trockene rechtliche Individualität, die sich in Ermangelung eines sittlichen Zustandes im Privatrecht entwickelt (S. 327).

Von dieser Darstellung des römischen Geistes dürfte soviel unbestritten wahr sein, dass dem für das Recht begabtesten Volke der Weltgeschichte der Staat, seine positiven Rechtssatzungen sowie der dadurch bestimmte Pflichtenkreis vielleicht in höherem Grade als anderen Völkern im Vordergrunde des Bewusstseins standen und dass die Autonomie des Gewissens, seine Selbstherrlichkeit und Unabhängigkeit von äusseren Gesetzen durch das Wesen des Christentums oder durch seine Kämpfe mit der offiziellen römischen Welt oder durch beides gestärkt worden ist. Soll aber die dargelegte Theorie mehr bedeuten, soll sie etwa besagen, dass die Römer kein von dem positiven Rechte unabhängiges Sittengesetz gekannt haben, dass bei ihnen das Bewusstsein der Forderungen der äusseren Rechtsordnung das Gewissen ersetzt habe, dass sie als einzigen Masstab für die Wertung des Menschen die staatliche Satzung anerkannt haben, so setzt sie sich in Widerspruch zur Natur des Kulturmenschen im Allgemeinen und zu allgemein bekannten Tatsachen der römischen Kulturwelt im Besonderen. Es würde natürlich zu weit führen, wollte ich hier den Beweis antreten für alle Regungen eines vom positiven Rechte unabhängigen Gewissens, die uns durch die gesamte römische Literatur überliefert worden sind. Bei einer juristischen Arbeit liegt es nahe, diesen Beweis auf die in theoretischen Schriften niedergelegten und in der Praxis verwirklichten Anschauungen der Römer über das Wesen des Rechtes selbst zu beschränken.[3]) Erinnert man sich an die in den Quellen häufige Erscheinung einer durchaus billigen und gerechten Entscheidung bei völlig verfehlter Begründung, so wird man zugeben müssen, dass der Hauptwert des römischen Rechtes nicht so sehr in der streng logischen Behandlung der positiven Satzungen wie in der ethischen Durchdringung des gesamten Rechtsstoffes ruht. Kaum hat jemals eine Rechtspraxis so unablässig wie die

---

[3]) Die nachfolgenden Ausführungen über das Verhältnis der autonomen sittlichen Instanz der Rechtsidee zum positiven Recht beruhen auf den Darlegungen des Herrn Professor Birkmeyer in München, in seiner Vorlesung über Rechtsphilosophie, Sommer-Semester 1903 §§ 10, 11.

römische das positive Gesetz und die Resultate seiner Anwendung im Spiegel der ratio, des jus naturale, auf ihre objektive, allgemein giltige Gerechtigkeit, also auf Uebereinstimmung mit den Anforderungen der Ethik, geprüft. Die römische Verquickung von Recht und Moral hat nicht den Sinn, dass das positive Gesetz die Moral erschöpft, sondern den, dass Rechtsbildung und Rechtsanwendung von den eminent moralischen Prinzipien der aequitas und der Forderung der bona fides, d. h. der echt moralischen Gesinnung beherrscht wurden. Die vollste Begründung eines Rechtssatzes ist, dass er nicht nur im positiven Rechte, sondern auch im jus naturale wurzelt l. 38 (39) D. 3. 5, pr. Inst. I. 10, § 4 Inst. IV. 15. An einigen Stellen scheint sogar ein Vorrang der objektiven ethisch giltigen Norm vor dem positiven Gesetze anerkannt zu sein, § 11 Inst. III. 1, l. 24 D. 1. 3, während andere sich ausdrücklich bemüssigt finden die uns selbstverständliche Autorität des positiven Gesetzes zu schützen, l. 21 D. 42 1, l. 19 D. 49. 1. Der Theoretiker dieser im römischen Rechte verwirklichten Anschauungen ist *Cicero*. Er erkennt über dem positiven Rechte ein höheres Recht an, das in der Natur des Menschen, in seiner Vernunft wurzelt und mit ihr auf Gott zurückzuführen ist, De Leg. I. 5. 7. 15. 16, II. 4. Die allgemeine menschliche Natur, die Vernunft und der Gott, welcher sich in ihnen äussert, das sind allgemein giltige und autonome sittliche Instanzen, ihre Erkenntnisquelle ist das unabhängige Gewissen. Der Einfluss dieser sittlichen Macht auf das positive Recht in seiner Schöpfung und Anwendung ist natürlich der beste Beweis für ihre Existenz ausserhalb und unabhängig von der positiven Satzung des Staates. Mit der Voraussetzung muss aber natürlich auch die Konsequenz fallen, dass den Römern der einzige Massstab für die Bewertung des Menschen der Wert war, welchen ihm das positive Recht zuschrieb, seine Bewertung als Rechtspersönlichkeit. Denn die Anerkennung der Vernunft als oberster Richterin und Gesetzgeberin bedeutet ja schlechthin nichts anderes, als dass das menschliche Handeln unaufhörlich in ihr gespiegelt, an ihr gemessen, durch sie bewertet wird.

Köstlin hat die *Hegel*sche Lehre gerade in der von uns soeben widerlegten Deutung adoptiert und mit *Walters* Injurientheorie in Verbindung gebracht oder vielmehr diese Theorie da-

nach umgestaltet. Auch sein Ausgangspunkt ist die Vergleichbarkeit des Gesamtgebietes der Injurien mit der Ehrenbeleidigung Beide sind Verletzung des Rechtes auf Ehre, nur versteht eben die Antike unter Ehre etwas grundsätzlich anderes als die germanische Welt. Der Ehrbegriff der antiken Welt ist Walters existimatio im Sinne der bürgerlichen Vollberechtigung, welche durch jede Verletzung eines Rechtes oder Rechtsgutes beleidigt wird. Nun erkannte Walter neben dieser juristischen Ehre auch die Existenz der tatsächlichen Ehre an, die Angriffsobjekt des convicium und der infamatio war, deren Verletzung sich mit unserer Ehrenbeleidigung deckte. Köstlin geht einen Schritt weiter. Er hält die existimatio als „äussere Erscheinung der vollen, auf Unbescholtenheit beruhenden, politisch-sittlichen Dignität“ d. h. das Vollbürgerrecht für die römische Ehre schlechthin, neben welcher es einen sittlichen oder sozialen Ehrbegriff überhaupt nicht gegeben habe. Der Römer erkennt keinen anderen Wert des Menschen an, als denjenigen, welchen ihm das Recht verleiht. Die sittliche und soziale Ehre ist ein Vorrecht der germanischen Welt. Die Bestrafung von Angriffen auf den guten Namen widerspricht dem nur anscheinend, denn sie erfolgt nicht deshalb, weil jene Angriffe die Ehre im tatsächlichen Sinne verletzen, sondern weil sie in der Unbescholtenheit eine Voraussetzung des Vollbürgerrechtes treffen, also nur wegen der in ihnen enthaltenen Anzweifelung der Ehre im Rechtssinne (S. 156). Es ist nun schon ein starkes Stück, einem Kulturvolke wie den Römern ausserhalb des positiven Rechtes jeden Massstab für die Bewertung eines Menschen abzusprechen, doch glaubte man damit nicht genug getan zu haben. Als Grundlage des tatsächlichen Ehrgefühls erscheint die Fähigkeit des Menschen, sein Tun und Treiben im Spiegel des eigenen und des fremden Gewissens wertend und kontrolierend zu betrachten und das hieraus entspringende Bewusstsein des Wertes, den ich in meinen eigenen Augen und in denen anderer besitze. Da aber der Römer nach vorgefasster Meinung die tatsächliche, sittliche und soziale Ehre nicht kannte, so scheute man sich nicht, ihm auch diese natürliche Fähigkeit, ohne die wir uns ein uns ähnliches menschliches Bewusstsein überhaupt nicht denken können, abzusprechen. Damit war der Gipfel der Absurdität

erreicht. Zur rechten Zeit stellte sich ein Name für das Unausdenkbare ein: man sprach davon, dass der römischen Ehre die Beziehung auf das Selbstbewusstsein, die „Subjektivität“ abgehe und dass sie sich „mit der äusseren“ Erscheinung der vollen bürgerlichen Berechtigung identifiziere.

Die kulturgeschichtliche Voraussetzung dieser Theorie, die Lehre von der ausschliesslichen Herrschaft des positivrechtlichen Wertes im römischen Leben, haben wir bereits oben widerlegt. Ihre psychologische Konsequenz, die Annahme von Menschen ohne natürliches Ehrgefühl, ohne Selbstbewertung und ohne das Streben auch abgesehen von der Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft tatsächlich von den Nachbarn und Genossen geachtet zu werden, richtet sich von selbst[4]. Der Reflex, den das fremde Werturteil in unser Bewusstsein wirft, Freude und Leid über fremde Anerkennung oder Missachtung, sind so ausserordentlich fundamentale Tatsachen des physischen Lebens, dass wir uns ein menschliches Bewusstsein ohne dieselben gar nicht vorstellen können, ja sogar in der Psychologie der Tierwelt die Existenz von etwas Analogem annehmen müssen[5]. Doch hat diese schon an sich unwahrscheinliche Lehre auch in den juristischen Quellen keine Stütze.

Für uns ist die Quellenmässigkeit der *Köstlin*'schen Theorie schon mit denjenigen ihrer Voraussetzung, der *Walter*'schen, gerichtet. Aber man kann Walters Standpunkt teilen und doch zu einer Verwerfung der Lehre Köstlins gelangen. Es ist nicht richtig, dass Köstlin, wie er selbst behauptet (S. 156 Not. 15), nur einen Widerspruch Walters beseitigt und dessen Lehre konsequent durchgeführt habe[6]. Nicht einzusehen ist, warum die Beziehung jeder Verletzung auf die Ehre als Rechtsfähigkeit die Existenz eines Rechtes auf Ehre im tatsächlichen Sinne ausschliessen soll. Wieder greift hier störend die Tendenz ein, das

[4]) Wer für das Selbstverständliche Belege verlangt, den verweise ich auf die opinio maculata, minuta l. 3 C. h. t. und an unzähligen anderen Stellen.

[5]) Darwin, Abstammung des Menschen, Teil I, Kapitel IV.

[6]) Wenn Walter eine Inkonsequenz begangen hat, so war es die, dass er bei der Ehrenbeleidigung nicht, wie dies sein Grundgedanke mit sich gebracht hätte, eine doppelte Ehrverletzung, eine der tatsächlichsten und eine der rechtlichen Ehre annahm.

gesamte Injurienrecht als das römische Analogon unseres Deliktes der Ehrenbeleidigung aufzufassen. Die unausgesprochene und unbewiesene Voraussetzung, mit welcher sich alles Folgende ergibt, ist hier, dass die Deliktsfamilie der Iniuria als ein einheitliches Delikt konstruiert werden muss und dass es in Rom wie bei uns nur ein Delikt der Ehrverletzung gibt. Da die Gesamtheit der Injurien den Deliktsbegriff der Ehrenbeleidigung repräsentiert und dieser nur einmal vorkommen kann, so muss für convicium und infamatio eine andere Konstruktion gesucht werden. Glücklicherweise aber lässt sich diese anderweite Konstruktion aus den Quellen direkt als falsch erweisen. Soll der gute Name nur als Voraussetzung der Rechtsfähigkeit geschützt werden (156), so dürfte der Schutz auch nur soweit reichen, als das Verhalten des Einzelnen für seine Rechtsfähigkeit erheblich werden kann. In Wirklichkeit aber geht dieser Schutz weit über dieses Mass hinaus. Denn die Tatsache z. B., dass jemand eine Schuld nicht bezahlt und es zur Inanspruchnahme des Bürgen oder zum Pfandverkauf kommen lässt, berührt doch seine Rechtsfähigkeit nicht und doch wird ihre Behauptung als Infamation bestraft (l. 15 § 32 und l. 19 D. h. t.). Als ein besonders wichtiges Argument gegen die Auffassung der Infamation als Ehrenverletzung führt Köstlin ferner an, dass diese Angriffe „in Beziehung auf Art und Mass der Strafe gar nicht vor den übrigen Arten ausgezeichnet waren“ (S. 156). Das ist offenbar auf das Fehlen der germanischen Palinodie gemünzt. Nun war aber diese dem römischen Leben nicht unbekannt[7]) und wenn man sie nicht zum Rechtsinstitut erhob, sondern sich bei der Infamation mit denselben Reaktionsmitteln wie bei anderen persönlichen Delikten begnügte, so kann dies das materielle Wesen der Verletzung ebensowenig berühren wie das Fehlen origineller, besonderer Strafmittel und der eventuelle Fortfall des § 200 R.-Str.-G.-B. bei der heutigen Beleidigung das Wesen der letzteren als Ehrverletzung alteriert oder alterieren würde.

Köstlins Theorie ist bis in die neueste Zeit die herrschende geblieben. Sie verdankt es gewiss nicht ihrem inneren Werte, sondern der Lösung des Zwiespaltes, in welchen sich die Wissenschaft gegenüber der römischen Injurie versetzt sah. Man glaubte

[7]) Macr. Sat. 7, 5, 4.

einerseits das Gesamtgebiet der Injurien als ein einheitliches Delikt, das unserer Ehrenbeleidigung entsprach, als römisches Analogon derselben, konstruieren zu müssen, andererseits ging dieselbe Forderung von den Normen gegen das convicium und die infamatio aus. Köstlin erkannte den letzteren Normen den Anspruch auf Repräsentation des Beleidigungsbegriffes im römischen Rechte ab und sprach dieses Recht allein dem Gesamtkreis der Injurie zu. Seine Theorie empfahl sich ganz besonders, weil sie den Zwiespalt aufhob und das Gewissen der Juristen in Ansehung des convicium und der infamatio beruhigte. Die kulturgeschichtlichen und psychologischen Voraussetzungen und die Quellenmässigkeit der Lehre wurden seither nicht mehr geprüft. Die Sätze, den Römern sei das, was wir Ehre nennen, gänzlich unbekannt gewesen, die Ehre sei ihnen mit der bürgerlichen Vollberechtigung zusammengefallen, es fehle ihnen die Subjektivität des Ehrbegriffes sind zum obligaten, fast stereotypen Anfang jeder jurististischen Auseinandersetzung über die Beleidigung geworden.

Die Köstlin'sche Theorie ist uns besonders noch darum interessant, weil gerade ihre Umkehrung die richtige Lösung des erwähnten Zwiespaltes, in welchem sich die Wissenschaft gegenüber der Injurie befindet, darstellt. Gerade die Norm gegen das convicium und die infamatio repräsentieren für das römische Recht das Gebiet der modernen Ehrverletzung. Die Gesamtkategorie der Injuria hat mit diesem Begriffe nichts zu tun. Sie ist kein einheitliches Delikt, sondern eine die Vergehen gegen die Person umfassende Deliktsfamilie. Sie besitzt eine eigenartige Beziehung auf das Selbstgefühl, die aber von der Beziehung der Beleidigung auf die Ehre verschieden ist.

§ 7.

4.

Jhering.[1]

Innerhalb des Gesamtgebietes der überlieferten Injurienfälle unterscheidet *Jhering* (S. 180):

1) Die Fälle der abstrakten Injurienklage. Dies ist die historisch ursprüngliche Gestalt der actio, in welcher sie dem Schutze der

---

[1]) Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrbücher für Dogmatik, 23. Bd. 1885, S. 155 f.

Person als solcher, gegen unmittelbare Verletzungen, in dem was sie ist, d. h. ihres Körpers, der Freiheit und der Ehre dient. Der Kreis der abstrakten Injurienklage umfasst also etwa die Fälle unserer Gruppen I und II.

2) Die Fälle der konkreten oder realen Injurienklage, welche erst allmählich im Laufe der Geschichte entwickelt, die Person in ihren konkreten Rechtsverhältnissen schützt, also gegen mittelbare Verletzungen, in dem was sie hat. Angriffsobjekte sind die Machtbeziehungen der Person zur Aussenwelt. Als mögliche Beziehungen zählt er auf, zunächst sämtliche rechtlich relevanten Beziehungen zu Sachen, sodann die Beziehungen zu anderen Personen in Gestalt der Obligationen und Familienverhältnisse, endlich aber auch die Rechte an immateriellen Gütern. Da aber in Wirklichkeit die Römer die letztere Kategorie überhaupt nicht kannten und ferner nach Jherings Ansicht (S. 221) die Injurienklage als Schutzmittel des Vaters in Bezug auf das ihm an den Kindern zustehende Recht nirgends erwähnt wird, so wird die Kategorie der konkreten Injurienklage ausschliesslich auf die Beziehungen der Person zu Sachen und die durch Obligationen vermittelten zu andern Personen beschränkt. Es fällt daher ihr Kreis im wesentlichen mit demjenigen unserer Gruppe III zusammen.

Wenn nun zwei so durchaus verschiedene Tatbestandsgruppen von der römischen Jurisprudenz auf eine Linie gestellt wurden, so liegt das nach Jhering (S. 181) an der Gleichartigkeit des inneren Momentes. Es ist der animus iniuriandi, welcher das Wunder der Verschmelzung der wesentlich verschiedenen Personen- und Sachgutsverletzungen zu dem einen Rechtsbild der Iniuria, ihre Zusammenfassung unter einem Oberbegriff, vollbringt. In diesem animus iniuriandi findet Jhering einen Anklang an einen von ihm in seinem „Kampf ums Recht“ entwickelten Gedanken. Er beschreibt ihn in lebhafter und psychologisch wertvoller Darstellung (S. 189 f.). In allen Fällen der Injurie sei das Recht des Verletzten zweifellos und werde offen mit Füssen getreten. Der Injuriant trete mit seiner Person für die Rechtsverletzung ein, bekenne sich zu seiner Tat, er fürchte das Recht nicht, sondern biete ihm offen Hohn. Er bringe durch seine Handlung ein Urteil über die Persönlichkeit des Injuriierten zum Ausdruck, des Inhalts: „dass man sich bei ihm so etwas schon herausnehmen dürfe, dass er der Mann darnach sei, es

sich gefallen zu lassen, er zeihe ihn durch seine Handlung der Rechtsfeigheit, des mangelnden Mutes, für sein Recht mannhaft einzutreten. Der Geringschätzung des Verletzten geselle sich die offene schamlose Auflehnung gegen die Rechtsordnung, der Rechtshohn, Rechtstrotz bei. Die Verletzung sei durch ihre Form eine schnöde, frivole, injuriöse, eine Missachtung des Verletzten und der Rechtsordnung, im Gegensatz zur blossen Verletzung. Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens kennzeichne ein solches Betragen als Frechheit, Dreistigkeit, Unverschämtheit.

Sind sich so die abstrakten und konkreten Injurien in diesem inneren Momente gleich, so ist doch das Verhältnis dieses inneren Momentes zur objektiven Verletzung ein anderes bei den abstrakten, ein anderes bei den konkreten Injurien.

Die abstrakte Injurienklage hat keinen anderen Zweck als den „psychologischen“ der Satisfaktion für die verletzte Ehre. Stillschweigend nimmt Ihering eine absolute Koinzidenz jenes inneren Moments mit allen persönlichen Verletzungen an, die als Injurien bestraft werden. Der juristische Zweck der Klage erschöpft sich hier in der Ahndung der Beleidigung, was nicht ausschliesst, dass z. B. im Falle einer chikanösen Ladung vor Gericht der Verletzte mittelst der Klage tatsächlich auch Ersatz für die Mühe des Weges und die Einbusse an Zeit erlangte (S. 159).

Auch bei der konkreten Injurienklage ist formell die Ahndung der Beleidigung der Zweck, den das Recht im Auge hat (S. 161). Zugleich aber wird die Ausgleichung der Sachgutsverletzung nicht blos wie bei der abstrakten Klage tatsächlich als Nebenerfolg erreicht, sondern als selbständiger Hauptzweck erstrebt. Es handelt sich hier um prinzipiellen Sachgüterschutz, der nur wegen des mit jenen Tatbeständen stets verbundenen animus iniuriandi in Form der Injurienklage erteilt wird. Mit der Erweiterung des Interessenhorizontes (S. 159) des römischen Volkes stellte sich das Bedürfnis des Schutzes auch gegen solche Verletzungen heraus, denen mit den gewöhnlichen auf oekonomischen Schaden zugeschnittenen Rechtsmitteln des Zivilrechts nicht beizukommen war. Der regelmässig injuriöse Charakter dieser Verletzungen legte die Ahndung durch die Injurienklage nahe. Mochte ursprünglich die Sühnung der Ehrverletzung als Hauptzweck erscheinen, oder mochte man schon von Anfang an das injuriöse Moment nur als einen willkommenen Anknüpfungs- und historischen

Durchgangspunkt für die Erweiterung des Schutzes der sachlichen Machtsphäre betrachtet haben (S. 163): das Resultat der Entwicklung war jedenfalls ein umfassendes System sachgüterrechtlichen Schutzes im Herzen der persönlichsten aller Klagen selbst. Das Kuckuksei verleugnete in der ihm fremden Umgebung seine Natur nicht. Die selbständige Entwicklung des Sachgüterschutzes innerhalb der actio iniuriarum ging so weit, dass die engen Grenzen der pönalen Wirksamkeit dieser Klage gesprengt wurden (S. 264). In den Fällen der konkreten Injurien kam der Klage nicht nur pönaler, sondern auch restitutorischer und prohibitorischer Effekt zu.

Die Kritik soll zunächst untersuchen, in wie weit Iherings animus iniuriandi wirklich das einheitliche Wesen der Injurien ausmacht, sodann aber das System der konkreten Injurienklage einer Prüfung unterziehen.

Die Lehre vom animus iniuriandi ist an sich unhaltbar und steht im Widerspruch mit den Quellen.

Sie legt zunächst Zeugnis ab von dem zähen Leben der Tendenz, die Injurie als Ehrenbeleidiguug im modernen Sinne zu konstruieren. Auch bei Ihering liegt schliesslich wieder das Wesen der Injurie darin, dass sie ein Urteil über die Persönlichkeit des Verletzten zum Ausdruck bringt. Was eine Handlung zur Injurie stempelt und sie von allen anderen Verletzungen unterscheidet, ist die durch die Art der Verletzung zum Ausdruck gebrachte Supposition des Mangels an moralischem Mute: der Rechtsfeigheit (S. 190).

Wichtiger als diese Interpretation des animus iniuriandi erscheint die davon unabhängige Darstellung seines Tatbestandes. Für diesen gibt Ihering zwei verschiedene Formulierungen, die sich nicht decken.

Die erste ist, dass der Täter bei der injuriösen Rechtsverletzung offen mit seiner Person für sie eintritt. sich zu demjenigen bekennt, was er getan hat, bei der nichtinjuriösen dagegen sich den Folgen derselben zu entziehen sucht, die Entdeckung scheut, sie zu verhindern sucht, der Dieb dadurch, dass er den Akt heimlich vornimmt, der Betrüger, indem er die legalen Formen des Rechts beachtet, der Räuber, indem er darauf rechnet, unerkannt zu bleiben etc. (S. 189 unten, 190 oben).

Diese Formulierung wird niemanden überzeugen, solange es Diebstähle und Raubanfälle gibt, die vielleicht in belebten Strassen

am helllichten Tage ausgeführt werden, solange die Pfeile heimtückischer Verleumdung aus sicherem Versteck die Ehre des ahnungslosen Opfers treffen, solange es leugnende Injurianten und Diebe oder Räuber gibt, die ihrer Tat geständig sind oder gar sich der Behörde stellen. Dass zum Diebstahl Heimlichkeit gehöre, ist unzutreffend. In keinem einzigen der überlieferten Injurienfälle findet sich auch nur eine Andeutung für diese Formulierung des animus iniuriandi, dagegen ist in l. 21 § 2 D. 472 das heimliche Einschleichen in ein Haus als Injurie behandelt.

In der Detailausführung macht Jhering von dieser Formulierung nur für die Fälle l. 24 D. h. t. und l. 25 D. 19. 1. Gebrauch, übrigens auch hier nur neben der zweiten Formulierung. Jedoch der Text dieser Stellen berechtigt zu der Ihering'schen Auslegung nicht. Wenn in ihnen von einem Leugnen des Beklagten oder von Einwendungen nicht die Rede ist, so ist damit nicht gesagt, dass der Beklagte hier offen für seine Rechtsverletzung eingetreten sei. Denn der Jurist bringt natürlich nur den endgültig festgestellten Tatbestand, soweit er für die Entscheidung nötig war. Sollte ein solches Verhalten des Beklagten das die Injurienklage begründende Moment sein, so hätte es wohl einer ausdrücklichen Hervorhebung desselben bedurft. Endlich aber wäre eine von dem blossen „formalen“ Verhalten (so Ihering selbst S. 201 vorletzte Zeile) des Beklagten abhängige Injurienklage in diesen Fällen wohl kaum praktisch geworden, wenn es dem Beklagten freigestanden hätte, durch Leugnen oder Einwendungen die infamierende Deliktsklage zu vermeiden und den Kläger auf die rein reipersekutorischen Rechtsmittel, vindicatio und negatoria, zu beschränken.

In der zweiten Formulierung ist der animus iniuriandi der aus der allgemeinen Evidenz der Rechtswidrigkeit der Handlung erschlossene Trotz des Injurianten, seine bewusste Ueberhebung über das wohlerkannte Recht des Verletzten und die Rechtsordnung selber. „Alle iniuriösen Verletzungen erfolgen unter Umständen, wo das Recht des anderen zweifellos ist, offen mit Füssen getreten wird“ (S. 190). Das ist jedoch nicht so zu verstehen, dass Handlungen, die beliebigen Deliktsfiguren angehören, durch die Evidenz ihrer Rechtswidrigkeit von Fall zu Fall zu Injurien werden können. Vielmehr glaubt Jhering, dass die Rechtswidrigkeit mit gewissen äusseren Handlungstypen, nämlich gerade mit denjenigen, die zur Kategorie

der Iniuria gehören, ein für alle Mal gegeben und darum auch bei ihnen immer evident sei.

Was die persönlichen Verletzungen betrifft, so steht der Kreis ihrer Tatbestände als Ehrverletzung, Körperverletzung etc. ja objektiv zweifellos fest, so dass man hier eine in jedem Falle ohne weiteres gegebene Evidenz der Rechtswidrigkeit als von Jhering angenommen voraussetzen muss. Zum Ueberfluss aber spricht er dies an einer Stelle ausdrücklich aus, wo er den Vorwand einer Berechtigung zur Erteilung einer Ohrfeige als abgeschmackt bezeichnet (S. 193 unten). Von den konkreten Injurien sagt er zwar (S. 181), dass ihr äusserer Tatbestand derselbe sei wie bei anderen Sachgutsverletzungen, der Unterschied bestehe nur in dem inneren Moment. Jedoch hält er diesen Gesichtspunkt nur dort fest, wo die Injurienklage die Stelle der vindicatio und der negatoria vertritt. Hier erzeugt derselbe objektive Eingriff in die Eigentumssphäre, sofern er überhaupt Inhalt eines Prohibitionsrechtes sein kann und sich nicht schon von vornherein nach seinem objektiven Tatbestande als rechtswidrig darstellt, je nach dem er im Einzelfalle offenbar und eingestandenermassen rechtswidrig ist oder nicht, die actio iniuriarum oder eine der beiden bezeichneten Klagen (S. 194, 201). Im übrigen aber ist auch der Tatbestand der konkreten Injurie nach objektiven Merkmalen bestimmt. Es fallen darunter alle Störungen des Gemeingebrauches, die nicht zugleich in einer Einwirkung auf die Sache bestehen (S. 192), ferner diejenigen Eingriffe in das Eigentum an unbeweglichen Sachen, die ihrem Inhalt nach nicht Gegenstand einer Berechtigung (Servitut) sein können (S. 193 f.), alle Prohibitionen des Eigentümers der beweglichen Sache (S. 202), sämtliche[2]) Eingriffe in den Besitz an unbeweglichen Sachen mit der Massgabe allein, dass diejenigen, welche sich innerhalb der nach der Verkehrssitte jedermann auch an den im Privateigentum stehenden Sachen zukommenden Nutzung halten, erst durch ein ausdrückliches Verbot des Besitzers zu Injurien werden (S. 223 f., 238 f., 252), alle Eingriffe in den Besitz beweglicher Sachen, soweit sie nicht in der dauernden Entziehung der Sache bestehen (S. 224), endlich alle ohne Erlaubnis des Eigentümers vollzogenen Veränderungen an einer Sache, die

[2]) Man beachte, dass auch in den Fällen, wo die Interdikte gegeben sind, die Injurienklage die jenen fehlenden Funktionen der Satisfaktion und des Schadensersatzes für die vorangegangene Störung hat, (S. 223, 235, 236).

keinen Vermögensschaden verursachen (S. 210) usw. Alle diese Verletzungen sind nach objektiven Momenten von anderen abgegrenzt und ihnen allen soll nach Jhering die Rechtswidrigkeit als notwendiges und darum ohne weiteres für jedermann evidentes Merkmal inne wohnen.

Diese Theorie Jherings ist gewiss der Sorge um die Beweisbarkeit seines animus entsprungen. Er geht ganz richtig von dem Satze aus (S. 198), dass der animus iniuriandi nur aus äusseren Umständen erschlossen werden kann. Dieser selbstverständliche Satz schliesst aber nicht die Notwendigkeit in sich, die Indizien für den animus in den generellen, äusseren Merkmalen der Verbrechensart zu suchen. Das Recht besteht in bestimmten normativen Beziehungen zwischen Einzelnen untereinander und mit dem Staate. Das nach äusseren Merkmalen bestimmte Delikt kann rechtlich nur im Zusammenhalte mit dem vielmaschigen Netze solcher Beziehungen, in die es verflochten ist und eingreift, gewürdigt werden. Die Evidenz der Rechtswidrigkeit einer Handlung wird also nicht aus ihren äusseren generellen Deliktsmerkmalen ohne weiteres, sondern erst aus der Evidenz jener Beziehungen zu entnehmen sein. Die Tatsachen, auf welche jene Beziehungen beruhen, können bei Gleichheit der äusseren Deliktsfiguren in jedem konkreten Falle ganz verschiedene sein. Sie sind in ihrer Mannigfaltigkeit schlechthin unübersehbar. Nur wenn ein Recht auf Unterlassung einer Handlung absolute Geltung besässe, wäre mit der Handlung selbst immer auch ihre Rechtswidrigkeit von vornherein gegeben.

Ohne auf die rechtsphilosophische Frage der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit solcher absoluten Rechte bei Völkern auf höherer Kulturstufe einzugehen, wollen wir uns auf die Prüfung beschränken, ob es sich bei den Injurien des römischen Rechtes um absolute Rechte oder absolut geschützte Rechtsgüter handelt.

Dagegen spricht schon auf den ersten Blick die grosse Ausbildung der Lehre von der Rechtswidrigkeit bei den Injurien, die zahlreichen Fälle, in denen von einer berechtigten oder doch nicht verbotenen Vollziehung von Handlungen gesprochen wird, die mit den Injurien den äusseren Habitus teilen, die Behandlung der Entschuldigungsgründe des Irrtums und des Scherzes. Dass bei der Körperverletzung, Ehrenbeleidigung, Freiheitsberaubung die Rechtswidrigkeit etwa regelmässig evidenter und leichter aufzeigbar sei als bei anderen

Vergehen, lässt sich wohl im allgemeinen nicht behaupten. Gerade bei den Ehrverletzungen bereitet die Rechtmässigkeit die grössten Schwierigkeiten, da der Verkehr zahlreiche Rechte, Befugnisse und Entschuldigungsgründe für die Aeusserung ungünstiger Urteile über einen Anderen mit sich bringt.

Auch in den Fällen der konkreten Injurie aber müssen wir leugnen, dass den Einzelfällen schon als Handlungstypen eine absolute und darum von vornherein evidente Rechtsfähigkeit zukomme. Bei der Behinderung des Gemeingebrauchs denke man an die Möglichkeit, dass die öffentliche Qualität der Sache bestritten war, an die zahlreichen Vorschriften über die Sitzordnung im Theater[3]), an die Bestimmungen, dass man auf öffentlichen Strassen und Plätzen sich nicht in zerlumpter Kleidung aufhalten durfte[4]), an den Streit über die Eintrittsgebühr, die unter Umständen bei Benutzung von Theatern oder Bädern zu entrichten war, endlich an Verhaftungen auf öffentlichen Plätzen und man wird zugeben müssen, dass auch hier, wie bei den Behinderungsfällen der Interdikte die Illegalität der Vornahme von vornherein keineswegs ausser Zweifel stand (S. 192, 193). Wenn Jhering weiter ein Prohibitionsrecht des Nichteigentümers gegen den Eigentümer bei beweglichen Sachen überhaupt für unmöglich, bei unbeweglichen Sachen aber nur in Form einer Servitut für möglich hält und darum im ersteren Falle jede Prohibition, im letzteren alle Prohibitionen, die nicht Inhalt einer Servitut sein können, für offenbar und an sich rechtswidrig ausgibt, so vergisst er nicht blos die allgemeinen Ausnahmen von der Rechtswidrigkeit jeder Handlung überhaupt, sondern vor allen Dingen die Möglichkeit obligatorischer Verpflichtung des Eigentümers zur Gestattung eines Eingriffs. So kann insbesondere in l. 44 D. h. t. der mit si tamen beginnende Satz nicht blos auf die objektive Unmöglichkeit der Inanspruchnahme einer Servitut hinweisen, sondern auch auf eine eventuelle Erlaubnis des Eigentümers, auf Notstand oder Zufall (S. 197).

---

[3]) Am besten zusammengestellt bei B. Arnold, Das alte römische Theatergebäude. Würzburg 1872/73. S. 10.

[4]) Suetonius, Octav. Aug, cap. 45. i. f: Ac visa quondam pro concione pullatorum turba, indignabundus et clamitans, Eu Romanos, rerum dominos, gentemque togatam!, negotium aedilibus dedit, ne quem posthac paterentur in Foro circove, nisi positis lacernis togatum consistere.

Der Versuch Jherings, die beiden ihrem Wesen nach verschiedenen Gruppen der Personalverletzung nnd der Verletzung der sachlichen Machtsphäre zusammenzufassen ist danach misslungen. Sein Gelingen hatte von vornherein geringe Aussichten. Denn die beiden Kategorien sind innerlich so durchaus verschieden, dass die Zusammenfassung unter einem höheren gemeinsamen Gesichtspunkte notwendig zum Begriff des Unrechtes gegen den Einzelnsn überhaupt führt. Innerhalb dieser Kategorie gibt es keine Unterabteilung, die jene beiden Arten von Verletzungen oder eine beiden gemeinsame Begehungsart umfasste und sie zugleich gegen andere Verletzungen abgrenzte. Jherings Versuch bestand darin, als beiden gemeinsam ein bestimmtes inneres Moment, den animus iniuriandi, nachzuweisen. Er hat aber nicht bewiesen, dass dieser animus mit den Fällen der abstrakten oder konkreten Injurie notwendig immer verbunden ist, noch auch dass er bei allen anderen Delikten absolut fehlt. Das Moment der Evidenz der Rechtswidrigkeit und des bekennenden oder leugnenden Verhaltens des Täters liegt so gänzlich ausserhalb des objektiven Tatbestandes der Delikte, dass es mit allen Handlungstypen, auch mit denjenigen, die unter die Iniuria fallen, gleichmässig verbunden und nicht verbunden sein kann.

Gehen wir nun zur Prüfung des Systems der konkreten Injurie über. Jhering ist der erste, welcher aus den Fällen unserer Gruppe III ein umfangreiches System der Sachgutsverletzungen entwickelt und die Einordnung desselben in das System der Sachschutzmittel zu begründen versucht hat. Als Hauptunterscheidungsmerkmal des Sachschutzes durch die actio iniuriarum gibt er allerdings (S. 181) das innere Moment des animus iniuriandi an; und man möchte meinen, dass mit der Widerlegung seiner Theorie über diesen animus, das Urteil auch bereits über die Möglichkeit der Unterscheidung der konkreten Injurien von anderen Sachverletzungen gefällt sei. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn es verflüchtigt sich jener animus in der Mehrzahl der Fälle bei Jhering znm blossen mit einem bestimmten objektiven Tatbestande verbundenen Dolus, und selbst in denjenigen Fällen des Eigentumschutzes, wo er an dem animus in erster Formulierung festhält, hat er unsere Klage selbständig durch den Nachweis einer Lücke in den objektiven Tatbeständen der gewöhnlichen Sachschutzmittel begründet, in welche die Injurienklage eintritt.

Wir werden nachweisen, dass die Lücken im ordentlichen

Sachgüterschutze, welche die Injurienklage ausfüllen soll, nicht in dem behaupteten Umfange bestehen und dass, soweit sie vorhanden sind, die actio iniuriarum nicht ohne weiteres als das geeignete Mittel zur Ergänzung bezeichnet werden kann.

Eigentumsschutz.

1) Die Regel der l. 13 § 7 D. h. t.: si quis re mea uti me non permittat, verallgemeinert Jhering in Verbindung mit den Entscheidungen l. 24, l. 15 § 31, l. 20 D. h. t. und l. 25 D. 19, 1 zu dem Satze, dass in Fällen offener, grundloser Vorenthaltung oder Aneignung fremder beweglicher Sachen die Injurienklage auf Satisfaktion für die Rechtsverletzung und Herausgabe der Sache gegeben war. (S. 201 f.).

Der Grund für diese Annahme soll eine klaffende Lücke sein, die im Vermögensschutz dadurch entsteht, dass die actio furti sich nur gegen heimliche Entziehung richtet (S, 189), die vindicatio aber Bestreitung des klägerischen Eigentumsrechtes voraussetzt. Diese Beschränkungen der actio furti und der vindicatio entsprechen den Quellen nicht. Nirgends ist in diesen die Heimlichkeit als Begriffsmerkmal des furtum aufgestellt und was die Rückforderung einer ohne Praetension des Eigentums vorenthaltenen oder weggenommenen Sache betrifft, so vergisst Jhering, von der durch ihn selbst erwähnten actio ad exhibendum ganz abgesehen, die Möglichkeit einer Erledigung der vindicatio durch confessio in iure und die häufige Erwähnung derselben bei Rückforderung einer gestohlenen Sache, wo doch gleichfalls ein eigentlicher Streit um das Eigentumsrecht, ganz so wie heute, die Ausnahme gebildet und der praktische Zweck der Wiedererlangung derselben im Vordergrunde gestanden haben wird.

2) Für den Schutz des Eigentums an unbeweglichen Sachen leitet Jhering aus der oben erwähnten Regel der l. 13 § 7 D. h. t.: a) in Verbindung mit dem Wesen der negatoria als Streit um das Bestehen einer Servitut, die Zuständigkeit der Injurienklage gegen alle Eingriffe ab, die Gegenstand einer Servitut sein können, wenn der Störer ein Recht selbst gar nicht in Anspruch nimmt (S. 194 Absatz „Nur dann"); hier übersieht er wie oben bei der vindicatio die Möglichkeit einer Beilegung durch confessio in iure, b) in Verbindung mit l. 44 D. h. t. gegen solche Angriffe, die inhaltlich nicht Gegenstand einer Servitut sein können; die Nichtgewährung der

negatoria in diesem Falle ist aber noch kein genügender Grund für die Annahme einer actio iniuriarum, da, wie wir sehen werden, hier jedenfalls das interdictum uti possidetis eingriff (S. 194 f.).

3) Aus l. 27 § 28 D. 9. 2 (Kastration des Sklaven wider den Willen des Eigentümers) wird die allgemeine Zuständigkeit unserer Klage für „derartige Eingriffe", d. h. wohl für Substanzveränderungen ohne Vermögensschaden, hergeleitet. Die Ausdehnung der Regel auf andere bewegliche Sachen würde freilich in erster Linie abhängen von der Auffassung der Sklaveninjurie. Sieht man in ihr eine blosse Verletzung des Verfügungsrechtes des Eigentümers, so würde der Ausdehnung an sich nichts entgegen stehen. Muss man aber, wie dies später entwickelt werden soll, hierin die Verletzung eines sozialen, persönlichen Gutes des Sklaven sehen, die sich, weil alle Güter desselben dem Herrn zugehören, als eine Verletzung des Herrn in eben diesem ihm mit dem Sklaven unterworfenen Gute der körperlichen Unversehrtheit desselben darstellt, so ist natürlich von einer Uebertragung dieses Gesichtspunktes auf leblose Sachen oder Tiere nicht die Rede. Ganz unabhängig hiervon steht aber der Ausdehnung des hier für Sklaven ausgesprochenen Grundsatzes auf jede Sache schon die voraufgehende l. 27 § 25 D. l. c. entgegen. Dort ist für den Fall, dass jemand ohne den Willen des Eigentümers diesem die Aberntung reifer Oliven, Feldfrüchte oder Weintrauben besorgt hat, die actio legis Aquiliae ausgeschlossen und eine andere Klage überhaupt nicht erwähnt. Die Begründung aber, dass demjenigen doch kein Unrecht geschehe, der durch die Aberntung aller Mühen und Kosten, die er selbst hätte aufwenden müssen, überhoben werde, trifft nicht nur für die actio legis Aquiliae (wegen des damnum iniuria datum) zu, vielmehr ist sie weiter, sie spricht den Mangel der Rechtswidrigkeit überhaupt wegen des Mangels eines verletzten Interesses aus und muss auch den Ausschluss aller anderen Klagen mit sich bringen. Eine andere Frage ist die nach dem Bedürfnis eines allgemeinen Schutzes des Eigentümers gegen seinem Willen widersprechende Vornahmen an seiner Sache, die, ohne ihn wirtschaftlich zu schädigen, eben nur seinem Willen zuwiderlaufen. Bei unbeweglichen Sachen diente diesem Bedürfnis in gewissem Umfange das interdictum quod vi aut clam, welches die Beseitigung solcher Veränderungen an einem Grundstücke bezweckte, die gegen das Verbot eines Interessenten oder hinter seinem Rücken ausgeführt

wurden. Diesem Interdikt gibt Jhering einen viel zu geringen Spielraum. Es setzt freilich immer nach dem Wortlaute des Befehls „restituas“[5]) eine Vornahme voraus, deren Resultat ein der Beseitigung zugänglicher, dauernder Zustand ist. Dagegen braucht weder das den Kläger berechtigende Interesse ein vermögensrechtliches zu sein, l. 11 § 1 D. 43, 24, noch auch ist erforderlich, dass die Vornahme selbst das ökonomische Vermögen des Verletzten geschädigt habe. Denn es gibt zweifellose Anwendungsfälle des Interdiktes, bei welchen ein Vermögensschaden fehlen kann, z. B. der Fall des Umpflügens eines Ackers gegen den Willen des Eigentümers (l. 9 § 3, l. 22 § 1 D. l. c), welches dem Eigentümer sogar Vorteile zu bringen vermag, und andere, in denen ein Vermögensschaden überhaupt schwer auszudenken ist, z. B. das in l. 22 § 2 D. l. c. erwähnte Anbringen einer Tafel an dem Gebäude eines Anderen. Die Verweigerung des Interdiktes bei Handlungen, die sich im Bereiche der ordnungsmässigen Fruchtgewinnung halten, dagegen ist nicht aus dem Mangel eines ökonomischen Schadens, sondern besser daraus zu erklären, dass dem Eigentümer vernünftiger und billiger Weise jedes Interesse fehlt wegen solcher doch in jeder Beziehung nützlicher Massnahmen eine Reaktion des Rechtes zu verlangen (l. 7 § 7 D. 43, 24)[6]). Bei beweglichen Sachen freilich fehlte es an einem gleichartigen allgemeinen Schutze (l. 20 § 4 D. 43, 24). Das mag sich damit erklären, dass solche Substanzveränderungen, die von keinem Einfluss auf den Wert der Sache waren, allzuselten vorkamen und dem Rechte, abgesehen von besonderen Umständen, (wie z. B. im Falle einer Befleckung l. 1 § 1 D. 47. 11) zu unbedeutend erschienen, um für sich selbst die Reaktion herauszufordern oder gar Anlass zur Aufstellung einer eigenen Norm zu geben. Es kommt hier insbesondere auch der weite römische Begriff des furtum, zu dem nach richtiger Ansicht[7]) eine Verletzung des ökonomischen Vermögens nicht gehörte, in Betracht. Jede irgendwie erheblichere Substanzänderung wird regelmässig eine wenn auch nur vorübergehende Entziehung der Sache aus dem Besitze des Berechtigten zur Voraussetzung haben. Sollte einmal ausserhalb der bisher erwähnten Möglichkeiten das Bedürfnis nach Rechtsschutz eingetreten sein, so lag doch immer der Schutz

[5]) Lenel, Edictum perpetuum S. 387.
[6]) Stölzel, Operis novi nuntiatio, S. 385 f.
[7]) Binding, Grundriss. 6. Aufl. S. 17.

durch eine actio legis Aquiliae utilis oder in factum näher als derjenige durch die jedenfalls hauptsächlich der Ahndung persönlicher Verletzungen dienende actio iniuriarum. Dass es sich bei der lex Aquilia um Ersatz des Vermögensschadens, in dem angenommenen Falle aber um Satisfaktion handelte, kann man nicht als unübersteigliches Hindernis ansehen, wenn man sich der actio de servo corrupto utilis erinnert, für deren Aufstellung ebenfalls nur die Aehnlichkeit des äusseren Handlungstypus (Verführung) bei völliger Verschiedenheit des juristisch massgebenden Erfolges (Wertminderung beim Sklaven, Schädigung des Ansehens der Familie beim Haussohn) ausschlaggebend war. Gegen die Annahme einer in diesen Fällen durch die actio iniuriarum gegebenen Satisfaktion spricht endlich noch, dass diese bei besonders frivoler Verletzung ja auch in den Fällen wirklich aquilischer Beschädigung neben der actio legis Aquiliae hätte gegeben werden müssen, da die letztere infolge ihrer eigentümlichen Schadensberechnung nicht immer auch eine über den wirklichen Vermögensschaden hinausgehende Genugtuung gab. Nun ist aber die Injurienklage neben der actio legis Aquiliae nur ausnahmsweise bezeugt (z. B. bei der Beschädigung des Kleides am Leibe, der Körperverletzung, der Verunreinigung), Fälle, von denen im Folgenden nachgewiesen werden wird, dass in ihnen jedesmal eine Verletzung der persönlichen Machtsphäre vorliegt.

Besitzesschutz.

Die Injurienklage soll hier gegeben sein teils neben den interdicta uti posidetis und utrubi teils an ihrer Stelle, in Fällen wo es an den Voraussetzungen derselben mangelt.

Neben den Interdikten ist sie gegeben

a) um das Factum der Störung selber zu ahnden, dem Besitzer Genugtuung für diese zu verschaffen (S. 224 f. 235 f.);

b) um den durch die Störung resp. Entziehung entstandenen Schaden auszugleichen, dessen Ersatz bei beweglichen Sachen durch das utrubi überhaupt nicht erlangt werden kann, bei unbeweglichen Sachen aber auf den nach Erlass des uti possidetis oder durch eine Anlage (interdictum quod vi aut clam) entstandenen Schaden beschränkt ist, (S. 224 f., S. 229 f.).

Die satisfaktorische Funktion der Klage neben allen Interdikten ist ohne jeden Grund in den Quellen. Jhering stützt sich in

diesem Punkte allerdings weniger auf die Quellen als auf das natürliche Bedürfnis der Genugtuung, das freilich, wie wir im Folgenden sehen werden, weniger in der Tatsache der Besitzstörung als in einer persönlichen Verletzung seinen Grund hat.

Den Schadensersatz anlangend, ist richtig, dass das interdictum uti possidetis kraft der auf die Zukunft gerichteten Fassung des praetorischen Befehls, dessen Uebertreturg den Gegenstand des Rechtsstreits bildete, Ersatz nur für denjenigen Schaden geben kann, der nach Erlass des Interdiktes erwachsen ist[8]), dass ferner das interdictum quod vi aut clam nur für den durch Anlagen, also umfänglichere Eingriffe, verursachten Vermögensschaden Ersatz gab. Man muss jedoch, ehe man hierin eine praktische Unzulänglichkeit des Systems erblickt, ein Dreifaches berücksichtigen. Zunächst werden, wie auch die heutige Erfahrung lehrt, unerhebliche Besitzstörungen einen nachweisbaren Schaden überhaupt nicht bewirken[9]). Ferner ist in Fällen einer wirklich das Vermögen vermindernden, schädlichen körperlichen Einwirkung auf das Grundstück ja ohne weiteres die actio legis Aquiliae gegeben und gegen Eingriffe, die in der widerrechtlichen Aneignung oder Herrschaftsanmassung bestehen, auch die rei vindicatio, die actio furti, condictio furtiva bezw. condictio ex iniusta causa[10]). Endlich aber darf man den durchaus kasuistischen und fragmentarischen Charakter des römischen Schadensersatzrechtes nicht vergessen. Die Liberalität, mit welcher die Schadensersatzpflicht in Gestalt der actio iniuriarum an weit umfassende und ganz allgemein bezeichnete Kategorien von Tatbeständen angeknüpft sein soll, passt schlecht zu der Art der nur schrittweise und in kleinen Dosen erfolgten Erweiterung des aquilischen Schutzes. Das Bedürfnis nach einem Schadensersatz mit so allgemein gefassten Voraussetzungen, wie Jhering es durch die Injurienklage befriedigen zu müssen glaubt, ist offenbar ein Kind der modernen Idee von der allgemeinen Schadensersatzpflicht für Vermögensverletzungen.

An die Stelle der Interdikte tritt die Injurienklage überall dort, wo es an einer Voraussetzung derselben fehlte. Hier geht die Aufgabe des Besitzschutzes vollständig auf die Injurienklage über,

---

[8]) Ubbelohde, Interdikte, I. 347 f. 354 f. II. 259, 460.

[9]) Ubbelohde, Interdikte, I. 248, II. 220.

[10]) Ubbelohde, Interdikte, I. 248.

die alsdann mit den Funktionen der Genugtuung, des Schadensersatzes der Wiederverschaffung der entzogenen beweglichen Sache, der Prohibition der künftigen Störung ausgestattet ist. Für den Besitz unbeweglicher Saehen wird diese Regel aus l. 13 § 7 D. h. t. in Verbindung mit l. 44 D. h. t. (S. 228 f, 253 f.), für den beweglicher, aus derselben Stelle in Verbindung mit l. 24 D. h. t. und l. 25 D. 19. 1 abgeleitet (S. 224, 225, 201, 255).

Beim Besitz an unbeweglichen Sachen ist die Herbeiziehung der Injurienklage die unmittelbare Folge einer quellenwidrigen Einengung des Geltungsbereiches des interdictum uti possidetis. Nur bei negativen Eingriffen, bei eigentlichen Behinderungen des Besitzers in der Ausübung seiner Macht, nicht auch bei positiven Einwirkungen des Störers selbst z. B. Gehen, Reiten, Fahren, soll es gegeben sein (S. 252, 254), nur bei solchen Störungen, die zugleich eine Prätension eigenen Besitzes zum Ausdruck bringen, nicht auch bei solchen, die ohne den Streit um den Besitz aufzuwerfen, sich als frivole Eingriffe in den zweifellosen Besitzstand darstellen (S. 256). Jedoch bestehen die von Jhering behaupteten Beschränkungen des Tatbestandes in Wirklichkeit nicht. Gewiss ging das interdictum uti possidetis ursprünglich auf die Entscheidung hinaus, welche von beiden Parteien der anderen gegenüber als rechtmässiger Besitzer Schutz verdiene. Später jedoch erfüllte es infolge der Entwickelung des secundarium prohibitorium auch die Funktion einer Klage wegen blosser Besitzstörung, die nicht auf der Praetension eigenen Besitzes beruhte[11]). An diese spätere Entwickelung denkt Jhering nicht, wenn er die Störung ohne Praetension eigenen Besitzes von dem interdictum ausschliesst, so dass sie ihm offenes Feld für die Injurienklage wurde. Wenn in den Fällen l. 15 § 31 und l. 20 D. h. t. vom uti possidetis nicht die Rede ist, so hat das seinen Grund nicht in dem Fehlen der Behauptung eigenen Besitzes, sondern im ersten Falle darin, dass wegen der formellen Ermächtigung des Magistrates der per iniuriam Immittierte keine vis begeht[12]). Im zweiten Falle wird der Schuldner

---

[11]) Ubbelohde, Interdikte I. 318, V. 455.

[12]) Ubbelohde, Interdikte V. 474, 475. Hatte sich der Okkupant kein formell rechtmässiges Immissionsdekret verschafft, so kann der Anwendung des uti possidetis in kumulativer Konkurrenz mit der Injurienklage bei der Verschiedenheit ihrer Zwecke nichts entgegen gestanden haben.

durch das Anlegen der Siegel weder in der tatsächlichen noch in der rechtlichen Verfügung über das Haus gehindert, so dass von einer Besitzstörung überhaupt nicht die Rede sein kann[12]). Die zweite oben erwähnte Restriktion des Tatbestandes des uti possidetis leitet Jhering ab aus l. 8 § 5 D. 8. 5 und l. 11 D. 43. 16. Diese Stellen sollen beweisen, dass positive Eingriffe auf das fremde Grundstück d. h. solche, die nicht blos in einer Behinderung des Besitzers an der Benutzung, sondern in einer eigenen Einwirkung bestehen, von dem Interdikte ausgeschlossen sind. Auch hier entsteht also ein Vacuum, das gemäss l. 44 D. h. t. von der actio iniuriarum ausgefüllt wird. In l. 11 cit. fragt es sich, ob die daselbst aufgezählten Handlungen: das Säen, Graben, Pflügen, Bauen, Beispiele sind für die behinderte Tätigkeit des Besitzers oder für die hindernde dessen, der den Besitz stört. Offenbar trifft das Letztere zu. Denn alle diese Handlungen werden am Schlusse des Satzes durch die Worte zusammengefasst: „sive quid omnino faciendo, per quod liberam possesionem adversarii non relinquat", die sich ganz unzweideutig auf die störende nicht die gestörte Handlung beziehen. Es sind also hier positive Eingriffe, das Ackern, Säen usw. als das Interdikt begründende Störungen bezeugt. Jhering wird zu seiner gegenteiligen Ansicht, wonach das Säen, Pflügen etc. Beispiele der behinderten Tätigkeit sind, durch eine Lesart verführt, welche das „in" von „serendo" trennt und dann als Praeposition zu allen folgenden Gerundien auffasst. Diese Lesart verstösst aber gegen den Geist der Sprache, welcher serentem, fodientem etc. verlangen würde. Sie steht ferner mit der dem zusammenfassenden faciendo in dem mit per quod beginnenden Satze gegebenen Erläuterung im Widerspruch und ist endlich durch die Florentina, welche „inserendo" hat, widerlegt[13]). Ebenso wie l. 11 cit. beweisst auch die zweite von Jhering angezogene Stelle l. 8 § 5 D. 8. 5 das vollkommene Gegenteil seiner Behauptung. Hier, meint Jhering, sei gegen die Immission von Rauch ausschliesslich die negatoria gegeben. Die am Schluss der Stelle ausgesprochene Gewährung des uti possidetis bezieht er nicht auf den Schutz des Besitzers gegen den Rauch, sondern auf den Schutz des in dem eingeschobenen Satze „ergo per contrarium . . . ." erwähnten ius fumi immittendi. Nun handelt aber die ganze Stelle

---

[13]) Mommsen-Krueger, Digesta Justiniani Augusti, Berolini, 1870.

prinzipiell vom Schutze gegen Immissionen. der Satz ergo etc. enthält nur eine Bemerkung, die dem Juristen gelegentlich beifällt, eine Abschweifung von dem eigentlichen Thema. Mit den Worten „sed et“ kehrt er zu diesem zurück und die unmittelbar folgende Gewährung des interdictum ist daher schon aus diesen dem Satzzusammenhange entnommenen Gründen auf den, abgesehen von jener Abschweifung, hier allein behandelten Fall der Immission zu beziehen. Sollte aber auch das Umgekehrte der Fall sein und die Zulassung des uti possidetis der ungestörten Ausübung des ius fumi immittendi gelten, so würde doch die Begründung „si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti“ jedenfalls auch den hier vielleicht nicht in erster Linie ins Auge gefassten Fall der Störung durch Rauch mitumfassen, der ja gleichfalls eine erhebliche Behinderung an der Benutzung eines Grundstückes bilden kann. Solchen positiven Zeugnissen gegenüber kann das Schweigen der l. 44 D. h. t. nicht als Ausschliessung des interdictum uti possidetis gedeutet werden.

Die von Jhering behaupteten Lücken im Tatbestande bestehen also nicht. Andererseits ist richtig, dass die interdicta uti possidetis und utrubi durchaus nicht unbeschränkt gegen jeden Eingriff in den ungestörten Besitz gegeben werden. Ihr Charakter als Schutzmittel der tatsächlichen Macht und Verfügung über die Sachen bringt ihre Beschränkung auf solche Eingriffe mit sich, welche die tatsächliche Verfügungsmacht beeinträchtigen oder ausschliessen. Auf Störungen also, welche die freie Möglichkeit tatsächlicher Verfügung nicht ernstlich in Frage stellen, finden sie keine Anwendung[14]. Aus diesem Umstand allein aber lässt sich keineswegs schliessen, dass der in Gestalt dieser Rechtsmittel fehlende Schutz in Gestalt eines anderen Rechtsmittels gegeben sein musste. Wenn die actio iniuriarum in l. 13 § 7, l. 23. 24 D. h. t. gerade bei Gelegenheit solcher den Besitz nicht in Frage stellenden Eingriffe gegeben erscheint, so ist damit nicht gesagt, dass ihr abstrakter Tatbestand hier die Verletzung der Beziehung der Person zur Sache, ihr Zweck der Sachgutsschutz sei. Die Verletzung der sachlichen Macht ist vielmehr in diesen Fällen überall eine so geringe, dass sie, wie den eine gewisse Intensität der Störung voraussetzenden Besitzklagen unerreichbar, so

[14]) Ubbelohde, V. 15 für das interdictum de vi, V. 481 uti possidetis, V. 613 utrubi.

auch ausserhalb derselben unter dem Gesichtspunkte der Sachgutsverletzung kaum einer Repression würdig und bedürftig erscheint. Dagegen ist es wohl möglich, dass durch solche die Herrschaft über die Sache nicht ernstlich beeinträchtigenden Handlungen eine Verletzung wichtigster Güter der persönlichen Sphäre bewirkt werden kann. Der Angriff auf die Sache ist aber dann eben nicht selbstständiger, abstrakter Tatbestand, sondern nur konkretes Tatbestandsmerkmal der Verletzung eines persönlichen Gutes.

Detentionsschutz.

Aus den Stellen l. 5 §§ 4 bis 6 D. h. t. abstrahiert Jhering ein allgemeines Delikt der Detentionsverletzung (S. 262). Die actio iniuriarum soll hier als Satisfaktions- und Schadensersatzklage in die Lücken des Detentionsschutzes eingreifen und als Ergänzung dienen für das interdictum de vi armata, die actio legis Aquiliae und das interdictum quod vi aud clam. Auch hier aber müssen wir es als fraglich bezeichnen, ob das blosse Detentionsverhältnis, abgesehen von dem in den Fällen l. 5 §§ 4 bis 6 cit. mit der Detention verletzten persönlichen Gute des Hausfriedens, allgemein des Schutzes durch eine Satisfaktionsklage würdig erscheinen konnte oder ob nicht vielmehr gerade der Bruch des Hausfriedens der Grund der Injurienklage ist.

Vertragsschutz.

Aus l. 1 § 38 D. 16. 3 und l. 41 pr. D. 9. 2 will Jhering die Zulässigkeit unserer Klage für alle Fälle herleiten, wo die „Rechtsverletzung im obligatorischen Verhältnis eine schnöde, den Charakter einer persönlichen Verletzung an sich tragende Missachtung des fremden Rechtes in sich schliesst“ (S. 212). Das bedeutet nichts weniger als die Aufstellung eines allgemeinen Deliktes der böswilligen Vertragsverletzung. Wenn aber das deliktische Moment der Vertragsverletzung bei den bonae fidei iudicia, wie Jhering selbst ausführt, im Rahmen der Vertragsklage bei der Kondemnation berücksichtigt wurde, so spricht dies dafür, dass in unserem Falle etwas Besonderes vorliegt, was die Gewährung der actio iniuriarum veranlasste, nämlich vielleicht die Verletzung eines persönlichen Gutes.

Satisfaktion für Sachgutsverletzungen.

Der Gedankenzusammenhang, in welchen die ausserordentlich weitgehende Erteilung des Satisfaktionsanspruches wegen Sachguts-

verletzungen eingebettet erscheint, ist derjenige des bekannten Gäubahnaufsatzes[15]). Jhering selbst weist (S. 158 Not. 1) darauf hin. Es handelt sich nun hier um den Nachweis, dass die Ideen jenes Aufsatzes nicht mit Notwendigkeit zu Jherings System der konkreten Injurienklage führen. In jener berühmten Schrift führt Jhering in den §§ 10 bis 14 den Nachweis, dass geldwerte Güter nicht die einzigen sind, die das Recht als Gegenstand des Vertrages zu schützen hat. Er weist zu diesem Zwecke in § 12 eine grosse Anzahl von Fällen auf, in denen die Verletzung nicht ökonomischer Interessen ihre Ausgleichung in Geld findet und gelangt in § 13 zur Aufstellung eines allgemeinen Interessebegriffes, der über das Geld hinaus jedes vom Recht geschützte Interesse umfasst, den materiellen wie den ideellen Schaden repräsentiert. Inwieweit es Jhering gelungen ist, diesen Interessebegriff als denjenigen des römischen Vertragsrechtes nachzuweisen, kann hier nicht Gegenstand der Prüfung sein[16]). Dass im Rechte der Delikte nichtökonomische Interessen in weitem Umfange durch Genugtuung in Geld geschützt sind, ist bekannt. Uns interessiert nur der offenbare Einfluss des weiten Interessebegriffes auf den Umfang der satisfaktorischen Funktion der Injurienklage bei Sachgutsverletzungen. Der Interessebegriff des Gäubahnaufsatzes, dessen Wesen in der völligen Gleichstellung des ideellen und pekuniären Schadens beruht, streift im Rechtsschutzaufsatz die Gestalt eines aus der Zusammenfassung vieler einzelner Fälle gewonnenen Denkresultates ab und wird zum Postulat einer Satisfaktion für jeden Eingriff in die sachliche Machtsphäre, ohne Rücksicht darauf, ob er Vermögensschaden verursacht oder nicht, mit der einzigen Beschränkung, dass in einzelnen Fällen nur ein Zuwiderhandeln gegen das ausdrückliche Verbot des Berechtigten die Satisfaktionspflicht begründet (S. 158, 236, 252). Eine solche allgemeine Satisfaktionspflicht mag für Verträge in Betracht kommen, wenn man den letzten Grund jeder Ersatzpflicht bei ihnen, auch derjenigen für das ideelle Interesse, in der bindenden Kraft des Wortes sieht. Anders steht es bei den Deliktsobligationen, bei denen ein solcher alle etwa möglichen

---

[15]) Jhering, Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn. Jahrbücher für Dogmatik, Band 18 S. 1 f. Hier kommt nur der zweite Teil des Aufsatzes „von dem angeblichen Erfordernis des Geldwertes . . . . . bei obligatorischen Ansprüchen" in Betracht. S. 34 bis 105.

[16]) Pernice, Labeo III. 1. S. 173.

Interessen zu rechtlicher Geltung bringender Gesichtspunkt, wie ihn die Vertragsidee abgibt, vollständig fehlt. Das einzelne Delikt ist durch die Qualität des verletzten Interesses und der Art seiner Verletzung wesentlich bedingt und bestimmt. Die durch die Zusammenfassung des ideellen und materiellen Schadens in dem einen Interessebegriffe betätigte Gleichstellung beider ergibt keine Wahrscheinlichkeit oder Vermutung dafür, dass dieser oder jener Eingriff Anlass zu einer Satisfaktionsverpflichtung gewesen sein muss. Nur die allgemeine Möglichkeit der Vergütung auch ideellen Schadens ist durch jenen allgemeinen Interessebegriff bewiesen. Dass aber im Einzelfalle für einen solchen Schaden deliktisch gehaftet wird, kann nur für jedes Delikt einzeln auf dem positiven Wege durch Quellenbeweis oder zum mindesten aus der Qualität des verletzten Gutes und der Art seiner Verletzung begründet werden.

Es ist nun aber gerade in allen Fällen, in welchen Jhering Satisfaktion wegen Verletzung des Eigentums, des Besitzes oder der Detention geben will, ausserordentlich zweifelhaft, ob der Eingriff in das Sachgut als solcher die Bussforderung begründen und rechtfertigen kann. Ich stelle dabei die Möglichkeit einer vom Ersatze des Vermögensschadens unabhängigen und zu ihm hinzukommenden Busse für Eingriffe in die Sachgütersphäre nicht in Frage. Sie ist zwar dem heutigen Rechte, das die dem Verletzten gebührende Ausgleichung bei Sachgutsverletzungen auf den Ersatz des ökonomischen Schadens beschränkt, unbekannt, dem römischen Rechte aber, wie ein Blick auf die Privatdelikte gegen das Vermögen lehrt, durchaus geläufig. Da aber die vom Standpunkte der Integrität meiner sachlichen Sphäre schwereren Verletzungen, welche mit ökonomischem Schaden verbunden sind, umfangreiche Ahndung ausserhalb des Injurienrechtes fanden, so würden für die Injurienklage in dieser Funktion nur die vom Standpunkt der Sachgutsverletzung aus leichteren Eingriffe ohne dauernden oder erheblichen Vermögensschaden in Betracht kommen. Die Schwere der Reaktion (Infamie) stände in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Verletzung.

In den meisten Fällen welche Jhering anführt, um die Ahndungswürdigkeit auch solcher Sachgutsverletzungen zu demonstrieren, welche mit Vermögensschaden nicht verbunden sind, ist das Moment, welches die Reaktion besonders herausfordert und begründet, eine durchaus persönliche Verletzung: so bei der unzulässigen Entziehung

des Hausschlüssels oder der Verhinderung Gäste zu empfangen, eine Beschränkung der Freiheit (S. 212), in dem Falle, wo jemand zur Mittagszeit die einem Speisezimmer benachbarte Düngergrube umrührt oder, während ich Gäste in meinem Garten empfange, mit Dünger vorbeifährt (S. 197, 263), die Erregung physischen Ekels als Belästigung der Sinne, in dem Falle des Betretens von Teilen eines Hauses oder Grundstücks, die nach allgemeiner Verkehrsauffassung oder infolge besonderer Vorkehrungen dem Publikum nicht zugänglich sind und nur für den Gebrauch des Besitzers bestimmt gelten (S. 238), die Verletzung des Hausrechtes, im Falle nächtlicher Ruhestörung eben die Störung der Nachtruhe, einer wesentlichen Bedingung körperlichen Wohlbefindens. Auch die meisten der von Jhering angeführten Störungen des Inhabers einer Wohnung stellen sich bei näherer Betrachtung als direkte Eingriffe in diejenigen persönlichen Rechtsgüter dar. welche durch die persönliche Lebensbetätigung des „Wohnens" befriedigt werden und zu deren Befriedigung die Dentention an der bewohnten Sache nur das Mittel ist. Endlich seheint mir auch bei der Verunreinigung ohne Wertminderung das wesentliche und die Reaktion herausfordernde Moment nicht der Eingriff in die Sachherrschaft, sondern vielmehr die Verletzung des bei allen Kulturvölkern in steigendem Masse hervortretenden persönlichen Bedürfnisses nach Reinlichkeit des Körpers und der in seinem Machtbereiche befindlichen Sachen zu sein.

Sieht man von den persönlichen Rechtsgütern, welche in allen diesen Fällen angegriffen werden, ab, so erscheint die alsdann verbleibende Sachgutsverletzung kaum der Ahndung würdig. Ich kann insbesondere die Ansicht Jherings nicht teilen, wonach das Interesse an der Reaktion gegen einen Eingriff in den Besitz schon dort beginnt, wo die verkehrsübliche Benutzung meiner Sache durch das Publikum authört (S. 239). Vielmehr sehe ich auch jenseits dieser Grenze ein weites Gebiet von Eingriffen, welche vom Standpunkt einer Verletzung meiner sachlichen Machtssphäre vollständig unbedeutend sind. So vermag ich nicht einzusehen, inwiefern meine Sachherrschaft dadurch ernstlich in Frage gestellt sein soll, dass z. B. der Postbote, anstatt sich des allgemeinen Zuganges zur Wohnung zu bedienen, den Umweg durch den Park wählt (S. 238, 240). Wenn Jhering die Grenze der rechtlichen Erheblichkeit von Sachgutsverletzungen hier soweit heruntersetzt, so tut er dies offenbar

unter dem Einfluss der Idee des „Kampfes ums Recht", welche die Abwehr der in der Handlung des Angreifers zum Ausdruck kommenden Supposition der Rechtsfeigheit zur Pflicht macht und so mit dem römischen Injurienrecht innerlich verwandt ist. Diese Idee überschreitet aber hier die Grenzen, welche er ihrer Wirksamkeit in seiner bekannten glänzenden Ausführung gegeben hat. Dort beschränkte er ihre Giltigkeit auf die Verfolgung rechtlich anerkannter Interessen um ihrer selbst willen und ohne Rücksicht auf ihre Erheblichkeit im einzelnen konkreten Falle. Dagegen sollte die Bestimmung und Abgrenzung der rechtlich erheblichen Tatbestände selbst durchaus unter der Idee des Interesses stehen. Im Rechtsschutzaufsatze aber scheint die Idee des „Kampfes ums Recht" bei der Auffassung der konkreten Injurie als Sachgutsverletzung diese Grenzen überschritten und auf die Normierung der Tatbestände selbst Einfluss gewonnen zu haben.

Der Liberalität in der Gewährung des Satisfaktionsanspruches liegt aber endlich auch eine nicht ganz ausreichende Würdigung seiner durchaus eigenartigen Natur zu Grunde. Im heutigen Rechte gibt es für Vermögensverletzungen nur Schadensersatz und keine Busse. Bei den persönlichen Verletzungen scheint die Busse dasselbe zu sein und zu leisten wie der Schadensersatz bei Vermögensverletzungen. Man kann also vom Standpunkt des heutigen Rechtes aus zu dem Schlusse kommen, dass überall dort, wo Entschädigung und Ersatz wegen der besonderen Natur der Verhältnisse nicht möglich sind, die Busse an ihre Stelle treten muss. Nun ist aber die Busse, wie die öffentliche Strafe, eine über die Entschädigung hinausgehende völlig selbständige Massregel, die, wie die Privatdelikte des römischen Rechtes lehren, auch neben der Entschädigung gegeben sein kann. Die Busse soll den Willen des Täters vor der Rechtssphäre des Verletzten beugen. Sie hat also ein poenales Element in sich. Daher ist aus einer allgemeinen Idee der Ausgleichung heraus der Schluss vom Ersatz des Geldschadens auf eine Busse in Fällen, wo kein Geldschaden entstanden ist, nicht ohne weiteres und ebensowenig begründet, wie sich das Postulat der öffentlichen Strafe für alle Fälle aufstellen lässt, in denen eine nach der Natur der Sache irreparable Verletzung vorliegt. Vielmehr muss immer in erster Linie die Erwägung eintreten, ob die betreffende Verletzung überhaupt und insbesondere in der Richtung der Beugung des in ihr

betätigten, verletzenden Willens der rechtlichen Reaktion würdig und wert ist. Diese Erwägung hat bei unserem Gegenstande umsomehr Platz zu greifen, als gerade bei der actio iniuriarum das poenale Moment ausserordentlich stark ausgeprägt ist.

Die ausschliesslich poenale Funktion der Injurienklage.

Selbst wenn wir den erweiterten Schutz der sachlichen Machtsphäre für innerlich begründet hielten, so wäre doch die actio iniuriarum nicht das hierzu geeignete Mittel, da sie infolge ihrer scharf ausgeprägten poenalen Natur einerseits eine weit über die Zwecke einer einfachen Genugtuung oder billigen Entschädigung in Geld hinausgehende Straffunktion besitzt, andrerseits aber infolge der Ausschliesslichkeit ihrer poenalen Funktion den Anforderungen eines restitutorischen und prohibitorischen Rechtsmittels nicht entsprechen kann.

Der Charakter als Strafklage ist unter allen Deliktsklagen bei der actio iniuriarum am reinsten ausgebildet[17]). Zwar kann auch bei ihr eine durch das Delikt etwa herbeigeführte Vermögensverletzung l. 8 C. h. t. berücksichtigt werden, aber auf die Natur der Klage hatte dies keinen Einfluss. Der Teil der aestimatio, der dem reipersekutorischen Zwecke diente, trat im Gegensatz zu allen anderen Deliktsklagen äusserlich erkennbar überhaupt nicht hervor. Das reipersekutorische Element wurde bei ihr zwar berücksichtigt, änderte jedoch den allgemeinen Charakter der Klage also actio mere poenalis nicht[18]). Im Gegensatz zu allen anderen Deliktsklagen geht bei der Injurienklage der Anspruch auch auf die Erben des Verletzten nicht über l. 13 pr. D. h. t.[19]). Man berücksichtige ferner, dass der Kläger später ein ganz allgemein gegebenes Recht auf Anstrengnng eines Kriminalverfahrens hatte l. 45 D. h. t. Inst. h. t. § 10[20]) und dass der Magistrat ganz allgemein die Befugnis besass, bei iniuriae

[17]) Haillant, Die römischen Privatstrafen, 1884. S. 23, 33, 34. 38.

[18]) Haillant, S. 33.

[19]) Haillant, S. 34.

[20]) Inst. h. t. § 10: in summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. Bei l. 44 D. h. t. „statui solet" ist zu berücksichtigen, dass „solere nicht selten dasjenige bezeichnet, was gemäss einer Rechtsvorschrift geschieht, welche Ausnahmen nicht zulässt." Ubbelohde, Interdikte, II. 222, mit zahlreichen Belegen in not 29.

atroces gegen Unvermögende auf körperliche Züchtigung an Stelle der Geldbusse zu erkennen l. 35 D. h. t. Eine so strenge Reaktion hätte gewiss zu der Bedeutung der in den konkreten Injurienfällen vorliegenden Sachgutsverletzung ausser Verhältnis gestanden. Was vorher gegen die Gewährung eines Bussanspruches überhaupt gesagt wurde, muss umsomehr von der actio iniuriarum in ihrer soeben geschilderten streng poenalen Natur gelten.

Auf der anderen Seite ist unsere Klage wegen der Ausschliesslichkeit ihrer poenalen Funktion unfähig die restitutorische Funktion der rei vindicatio oder die prohibitorische der Interdikte zu erfüllen.

Die restitutorische Funktion der actio iniuriarum, wonach der Richter befugt sein soll, im Injurienprozesse den Beklagten zur Herausgabe der evident rechtswidrig einbehaltenen Sache zu zwingen, glaubt Jhering der l. 25 D. 19. 1 entnehmen zu können (S. 264). Da die in diesem Fragmente erwähnten beiden Klagen auf eine Stufe gestellt und alternativ gegeben seien, so müsse man annehmen, dass die actio iniuriarum die restitutorische Funktion der actio ad exhibendum erfüllen könne. Die formale Möglichkeit einer solchen Funktion aber ergebe sich aus der allgemeinen Kompetenz des Richters, den Parteien rei expediendae oder explicandae causa Auflagen zu machen (S. 251 f.). Doch die angeführten Stellen beweisen eine solche allgemeine Kompetenz des Richters nicht. In einem Teile derselben ist die Rede von magistratischen Zwangsmitteln zur Durchsetzung der aus dem obsequium entspringenden Pflichten l. 9 § 3 D. 1. 16 und zur Sicherung des letzten Willens bei Auflagen, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt, l. 44 D. 40. 4. Das Recht des Magistrates zum direkten Erfüllungszwang ist hier materiell durch die Natur der in Frage stehenden Streitsachen so bestimmt begrenzt, dass kein Recht besteht, es zu einer allgemeinen Befugnis zu erweitern. Was die anderen angeführten Stellen betrifft, so soll die Anordnung der cautio de restituendo in l. 16 § 3 D. 20. 1, l. 5 §§ 2. 3 D. 12. 4, l. 47 § 2 D. 30 den augenblicklich unerfüllbaren Restitutionsanspruch sichern. Die Auflage der Befreiung von Pfand oder Bürgschaftspflicht in l. 38 D. 17. 1 aber hat den Zweck, der Gefährdung des Regressanspruches vorzubeugen. In beiden Fällen handelt es

sich um Anordnungen im Sinne des erhobenen reipersekutorischen Anspruches. dieser selbst ist die res expedienda oder explicanda. Der Restitutionsbescheid innerhalb eines anhängigen Injurienverfahrens aber wäre nichts anderes als die Erledigung eines der erhobenen Klage nach ihrer Natur völlig fremden und eine besondere Klage verlangenden Anspruches im Verfahren über die Iniuria. Jherings Annahme läuft auf die Möglichkeit hinaus, bei Gelegenheit einer aus einem bestimmten Tatsachenkomplex erhobenen Klage beliebig andere aus demselben Komplexe hervorgehende Ansprüche durch besondere Bescheide zu erledigen. Diese Annahme aber widerspricht dem auf dem Prinzip der Individualität der Klagen aufgebauten römischen Aktionensystem.

Es liegt aber ferner in dem Fragmente l. 25 D. 19. 1 kein Zwang, die Alternativität der Injurienklage und der actio ad exhibendum anzunehmen. Die Partikel „vel“ bedeutet ebensowenig immer und notwendig das Verhältnis der Ausschliesslichkeit, wie die Partikel „et“ immer und notwendig die Kumulation anzeigt. So sind die dem Bestohlenen nebeneinander zustehenden actio furti einerseits und condictio furtiva resp. vindicatio andererseits in l. 17 § 2 D. 19. 5 durch „vel“, umgekehrt die in demselben Falle bei Gleichheit des Zieles sich ausschliessenden condictio und vindicatio in l. 7 § 1 D. 13. 1 durch et verbunden. Ueberhaupt ist in den Erörterungen der römischen Juristen, welche Klagen ein gegebener Tatbestand erzeuge, nicht immer zugleich eine Entscheidung der Frage zu suchen, in welchem Verhältnisse die mehreren Klagen zu einander stehen. Endlich würde aus der völligen Gleichstellung der beiden Klagen in l. 25 D. 19. 1 sich auch eine poenale Funktion der actio ad exhibendum ergeben müssen, wovon natürlich keine Rede sein kann. Man wird darum nicht umhin können, den allgemeinen Grundsätzen folgend, die Kumulation der vindicativen Injurienklage und der reipersekutorischen ad exhibendum anzunehmen, denn „extra poenam rei persecutionem esse, nulla iuris quaestio est“ l. 12 § 2 C. 6. 2[21]).

Wenn Jhering endlich die konkrete Injurienklage als subsidiäres Besitzschutzmittel auch mit prohibitorischem Effekte

[21]) So auch Cuiacius Comment. in l. 54 Dig. Salvii Juliani. Rec. Sol. ad l. 25 D. 9. 1 i. f, und Comment. in Tit. I de Actionib. Empt. Lib 19 Digest. ad l. 25.

ausstatten und zu diesem Zwecke eine allgemeine Kompetenz des Richters bei Deliktsklagen auf cautio de non turbando zu erkennen aus l. 17 § 14 D. 9. 2 herleiten will, so dürfte dieser Versuch durch den Hinweis widerlegt sein, dass es sich an dieser Stelle um eine cautio amplius non peti handelt[22]).

§ 8.

5.

Landsberg.[1])

Eine eigenartige Theorie über das Wesen der Injurie hat *Landsberg* aufgestellt. Er hält *Walters* Ansicht für die quellenmässig begründete Theorie der römischen Juristen selbst, glaubt aber, dass sie den Tatsachen nicht in vollem Masse gerecht wird und versucht, zum ersten Male im Wege historischer und dogmatischer Induktion, das hinter dem Scheine der unzulänglichen Existimatio-Theorie verborgene Wesen unserer Klage in selbstständiger Weise zu begründen.

Landsberg stellt sich also zunächst im Gegensatz zu Jhering wiederum mit voller Bestimmtheit auf den Standpunkt Walters, dessen Fehler er zu den seinigen macht. Indem er die Fälle unserer Grnppe III als Verletzungen der sachlichen Machtsphäre auffasst (S. 50. 51) geht er davon aus, dass der Injurienbegriff ein ungemein weiter und verschwommener ist, der an sich für alles bewusste Unrecht, mit Ausnahme lediglich von Staats- oder ähnlichen Delikten zutrifft (S. 15). Das Rätsel dieses weiten Umfanges der Iniuria im Vergleich mit unserer Beleidigung scheint ihm gelöst durch die Erkenntnis jenes ganz speziell römischen Charakterzuges, welcher jede übermütige Rechtsverletzung schon als Verletzung der Ehre der Persönlichkeit, als eine dem Verletzten angetane Schmach: contumelia empfinden lässt (S. 5). Der Unterschied von der modernen Beleidigung liegt in dem Begriffe der verletzten Ehre, im Objekte der Verletzung, als welches er die im römischen Zivilrecht wurzelnde bürgerliche, vom Staate anerkannte Rechtsfähigkeit einer Person (S. 4) oder mit einer Korrektur, die er jedoch selbst als unwesentlich

---

[22]) **Pernice**, **Labeo**, **S. 42 not. 4.**

[1]) **Landsberg**, **Iniuria und Beleidigung.** **Bonn 1886.**

bezeichnet, die Rechtspersönlichkeit (S. 14) ansieht. Wie man sich die Verletzung der Rechtspersönlichkeit als Handlung zu denken hat, darüber gibt Landsberg hinreichend klaren Aufschluss nicht. Zieht man jedoch in Betracht, dass er die contumelia der Verletzung der Ehre der Persönlichkeit als einer selbstverständlichen also jedenfalls im Sinne des heutigen Sprachgebrauches auszulegenden Grösse bis auf den Umfang gleichsetzt (S. 5), dass die contumelia ferner nicht in der Verletzung selbst aufgeht, sondern ein selbständiges Moment der Handlung neben dieser darstellt, ein zweites Vergehen neben der eigentlichen Verletzung bildet (S. 41), dass er sie endlich als die Verachtung definiert, welche dem Bürger durch das Mittel einer Rechtsverletzung ausgedrückt wird (S. 39. 40), so kann nicht zweifelhaft sein, dass auch Landsberg der römischen Iniuria die dem modernen Beleidigungsbegriffe entlehnte Form der Mitteilung eines Zeichens für einen bestimmten Gedankeninhalt zu Grunde legt. Vergeblich suchen wir aber auch bei ihm nach einem quellenmässigen Belege für den Zusammenhang gerade der in l. 5 § 1 D. 50. 13 definierten existimatio mit der iniuria = contumelia.

Im Gegensatz zu Walter aber verbirgt sich Landsberg die Kollisionen nicht, in welche man bei dem ersten Versuche mit diesem Injurienbegriff ernst zu machen, mit den Quellen gerät, welche weder eine durchgängige Konkurrenz der Injurienklage mit allen anderen, noch auch eine absolute Subsidiarität derselben kennen, obwohl eine dieser beiden Möglichkeiten sich als unabweisbare Konsequenz der behaupteten Universalität der Injurienklage herausstellen müsste (S. 40). Die Verantwortung für den ihm trotz seiner völligen Untauglichkeit absolut feststehenden Begriff der contumelia als Verletzung der existimatio sucht er auf die römischen Juristen abzuwälzen, die doch an der Aufstellung desselben vollständig unschuldig sind, ohne dass es ihm in den Sinn käme, die Berechtigung der Walterschen Theorie nachzuprüfen. Die römischen Jnristen haben nach Landsberg den formlosen, hohltheoretischen Gedanken von der durch jede Verletzung eines jeden Rechtes eines Bürgers ihm zugefügten Schmach zwar aufgestellt, doch habe ihnen ihr praktischer Takt verboten, ihn in alle Konsequenzen durchzuführen (S. 40). Er schwebe ihnen zwar im Allgemeinen vor, gäbe die theoretische

Grundlage ab, ohne doch ihr juristisches Princip zu sein, da er zum Zwecke juristischer Konstruktionen wegen seiner durchaus unpraktischen und verkehrten Resultate unbrauchbar sei. Nun glaubt Landsberg durch genaueres Eingehen auf das Detail in das Wesen der Iniuria tiefer eindringen zu können, als es die römischen Juristen selbst getan haben. Er macht sich zur Aufgabe „eine zutreffendere Bestimmung desjenigen zu suchen, was sie selbst durch die Identifizierung von iniuria und contumelia nur ungenau und annähernd ausgedrückt haben" (S. 42).

Das Resultat dieser Untersuchung ist die Auffindung zweier innerlich verschiedener Gruppen von Injurienfällen, von denen die eine sich als Rudiment eines älteren bis auf die Zeit der XII Tafeln zurückführbaren Begriffes darstellt, so dass der Begriff der klassischen Iniuria nur aus der anderen Gruppe gewonnen werden kann.

Die Iniuria der XII Tafeln ist als Verletzung der Person jede unrechtmässige Einwirkung auf dieselbe in ihrer natürlichen Gesamtheit, in Bezug auf ihren Körper, ihre Freiheit oder ihre anderen nicht vermögensrechtlichen Interessen, jede Schädigung oder Unbill welche die Person ausserhalb ihres Vermögens treffen kann (S. 31. 32). Dieser alte Begriff befindet sich im Laufe der Rechtsgeschichte in ständiger Rückbildung, indem alle schweren Verletzungen der Person sich zu selbständigen Delikten entwickeln (crimen vis, plagium S. 33). Nur wirkliche Verletzungen des Körpers und die Geistesstörung durch Vergiftung verblieben als Residuen der älteren Auffassung Gegenstand der Jnjurienklage auch in klassischer Zeit, ohne die Möglichkeit begrifflicher Verschmelzung mit den übrigen Anwendungsfällen (S. 54).

In dem Masse aber, als die schweren Verletzungen der Person aus der Deliktskategorie ausscheiden, treten die leichteren (S. 34) mehr ideellen Verletzungen der Person (S. 35), in ihren geistigen Interessen (S. 36) in den Vordergrund, die zwar von jeher unter den Begriff fielen, aber von den schweren Verletzungen in Schatten gestellt wurden. Zudem liess man in richtiger Erkenntnis des Umstandes, „dass Verletzungen des Vermögens auch solche der Person und umgekehrt Verletzungen der Person auch solche des Vermögens mit sich ziehen" (S. 38), die Grenze, welche der Begriff bisher an den Verletzungen der Person gefunden hatte, fallen

und gab die Klage, wenn auch anfangs nur zögernd (l. 44 D. h. t.), nun auch wegen ausgesprochener Sachgutsverletzungen. Die in den Injurienbegriff eingehenden Vermögensverletzungen unterscheiden sich von allen anderen Delikten dadurch, dass in ihnen an erster Stelle „nichts verletzt ist als ein Affektionsinteresse" (S. 55). Unter Affektionsinteresse aber versteht Landsberg im Allgemeinen das durch eine schwächere Verletzung betroffene Interesse. Im Gebiete der Vergehen gegen die Person umfasst das Affektionsinteresse an der Körperintegrität alle leichteren Eingriffe in dieselbe, das schmerzlose Schlagen etc. im Gegensatz zur Verwundung etc., im Gebiete der Vermögensverletzungen jede Störung in der freien Disposition über die Sachen, sofern dabei kein ernsthafter, hauptsächlich in Betracht kommender Vermögensschaden eintritt.

Dass die Fälle unserer Gruppe III Injurien nicht als Vermögensverletzungen sind, dass somit der von Landsberg angenommene ältere Injurienbegriff für das klassische Recht ungetrübte Giltigkeit bewahrt hat, wird sich uns als Endresultat unserer Untersuchung ergeben. Hier soll auf einige innere Schwächen der Landsberg'schen Theorie hingewiesen werden.

Weder im Gebiet der persönlichen, noch in demjenigen der Vermögensinteressen ist es Landsberg gelungen, einen Unterschied zwischen den durch die Injurienklage geschützten reinen Affektionsinteressen und den ausserhalb derselben Rechtsschutz geniessenden materiellen Interessen zu begründen und zu beweisen.

Zunächst auf dem Gebiete der Verletzungen der Person. Die Grenze bleibt hier völlig im Unklaren. Nicht als Verletzung eines Affektionsinteresses betrachtet Landsberg die wirklichen Verletzungen des Körpers, das schmerzhafte Schlagen, die Verletzung der „körperlichen Freiheit" (S. 55 Not. 3). Man wird nicht fehlgehen, wenn man alle schwereren Verletzungen des Körpers und der Freiheit im Sinne Landsbergs den „Nichtaffektionsinteressen", die wir fortan als „materielle" bezeichnen wollen, beizählt. Sollte nun mit dem Worte „Affektionsinteresse" nichts weiter gesagt sein, als dass die schwereren Verletzungen persönlicher Güter in der Regel öffentlicher Anklage, die leichteren der actio iniuriarum unterliegen, so liesse sich dagegen nichts einwenden. Es würde aber damit auch die Berechtigung aufhören,

den mit der Injurienklage geschützten persönlichen Interessen jenen besonderen auf qualitative Verschiedenheit von den anderen hinweisenden Namen zu geben, da es sich hier teils um nur weniger intensive Verletzungen derselben Rechtsgüter handelt, die auch durch öffentliche Klage geschützt sind (z. B. bei der Freiheit), teils um Verletzungen anderer Rechtsgüter, die aber qualitativ mit den „materiellen“ persönlichen Verletzungen eine Kategorie bilden, ohne dass man sie innerhalb derselben nach nur ihnen gemeinsamen, wesentlichen Merkmalen zusammenfassen und jenen materiellen persönlichen Verletzungen entgegenstellen könnte. Das letztere meint nun allerdings Landsberg zu können. Als unterscheidendes Merkmal schwebt ihm einerseits im Charakter der Verletzung eine gewisse Materialität, Sinnlichkeit[2]) im Gegensatz zu einer gleichfalls nicht näher umschriebenen Idealität, Geistigkeit (S. 35, 36) vor, andererseits die verschiedene kriminalpolitische Stellung des Gesetzgebers zu den beiden Klassen. Der Unterschied aber, dass gewisse persönliche Verletzungen den Körper wirklich schädigen oder in seiner Totalität ergreifen (Einsperrung), während anderen eine solche unmittelbare Einwirkung auf den Körper nicht wesentlich ist, ist der zufälligen sinnlichen Erscheinung der Handlungen entnommen. Er stellt keine juristisch irgendwie in Betracht kommende Qualität derselben dar, da sich nicht absehen lässt, inwiefern sich auf diesen rein äusserlichen Unterschied eine verschiedene juristische Behandlung aufbauen liesse. Ebensowenig aber besteht zwischen den beiden Gruppen ein quantitativer Unterschied etwa in dem Sinne, dass jene mehr sinnlichen Handlungen regelmässig als die schwereren Verletzungen erscheinen müssten. Wenn die Körperverletzung, auch die schwere, im römischen Recht als iniuria auf einer Stufe mit der Ehrenbeleidigung, der Verletzung des Testamentsgeheimnisses und dem Hausfriedensbruch steht, so beruht das darauf, dass sie mit diesen Delikten in die Kategorie der persönlichen Verletzungen gehört und durch keinerlei qualitative oder quantitative Verschiedenheiten typischer Natur zur Spaltung dieser Kategorie Anlass gibt. Auch in der kriminalpolitischen Stellung der ideellen und der materiellen Verletzungen vermag ich keine Verschiedenheit zu sehen. Lands-

[2]) Auf Seite 56 sagt er „geradezu verletzt“.

berg meint der staatliche Schutz bilde bei den Verletzungen des Körpers im weitesten Sinne die Regel. bei den Affektionsinteressen die Ausnahme (S. 55). Normaler Weise schütze der Staat die letzteren nur. wenn sie Gegenstand von Verträgen seien. Nur ausnahmsweise seien gewisse allgemein verbreitete. in der menschlichen Natur begründete. bei jedem gesitteten Staatsbürger anzuerkennende Affektionsinteressen in die Reihe der deliktisch angreifbaren Rechtsgüter aufgenommen. Da aber eben bei diesen Affektionsinteressen der allgemeine Rechtsschutz nach Landsberg selbst wiederum die Regel bildet (S. 56), so hebt er diesen Unterschied für die durch die Injurienklage geschützten Affektionsinteressen selbst wieder auf. Ein juristisch irgendwie erheblicher Unterschied zwischen den materiellen. wirklichen Verletzungen des Körpers und der Gesamtheit der anderen Personalverletzungen ist also nicht aufzudecken. Es bedurfte daher der Annahme eines historischen Zufalls für die Erklärung der Zugehörigkeit der Körperverletzung zur Kategorie der Injurien nicht.

Im Gebiete der Sachgutsverletzung soll die Zufügung eines ernsthaften hauptsächlich in Betracht kommenden Vermögensschadens die Grenze zwischen der materiellen Verletzung und derjenigen des Affektionsinteresses bilden (S. 60) Regelmässige Voraussetzung des gewöhnlichen Sachschutzes sei eine dauernde Vermögensbeschädigung. während den Fällen unserer Gruppe III nur eine momentan hemmende oder belästigende Einwirkung ohne bemerkbare schädliche Folgen für das Vermögen zu Grunde liege (S. 50. 51). Da aber Landsberg selbst zugibt. dass auch in den Fällen der Injurienklage eine Vermögensverletzung vorkommen kann. so ist wiederum nicht einzusehen. warum in dem einen Falle das Affektionsinteresse am ungestörten Gebrauch, das doch bei jeder Sachverletzung beeinträchtigt wird. in dem anderen die Vermögensbeschädigung hauptsächlich oder allein in Betracht kommt. Ein Grundsatz nach dieser Richtung hin ist weder aus der Natur der Sache. noch aus den Quellen zu entnehmen. Lag es nicht nahe. hier von der Verflüchtigung des sachlichen Angriffsobjektes zum Affektionsinteresse an der ungestörten Beherrschung der Sache den Schritt zur Aufsuchung des rein persönlichen Rechtsgutes zu machen, dessen Beeinträchtigung die Stellen voll erklärt?

§ 9.

6.

Pernice.[1]

Zur Bildung eines einheitlichen Injurienbegriffs ist es nach *Pernice* in Rom nicht gekommen (S. 26). Aber der Gedanke der contumelia beherrscht seit *Labeo* die Auslegung des Ediktes im Einzelnen (S. 28). Contumelia ist Pernice die Ehrenkränkung, Ehrenminderung. Erfordernis der Iniuria ein vom Vorsatz erfasster Erfolg der Ehrenkränkung, die Absicht braucht nicht ausdrücklich darauf gerichtet zu sein (S. 28. 29).

Die Ehrenkränkung wird ganz originell aufgefasst. *Walters* eximatio spielt hier keine Rolle mehr. Nicht im Ausdruck eigener Missachtung ruht das Wesen der iniuria, sondern darin, dass der Verletzte durch Angriffe gegen seine Bürgerstellung, Frauenwürde und Knabenehre in der öffentlichen Meinung herabgesetzt wird (S. 31).

Der bunten Manigfaltigkeit der als Injurien überlieferten Fälle kann dieser enge Gesichtspunkt nicht gerecht werden.

Pernice selbst sieht sich gezwungen, einigen Fällen eine Sonderstellung zuzuweisen. Bei der Körperverletzung hält er weder Absicht noch Erfolg der Ehrenkränkung für erforderlich und es erscheint ihm unmöglich diese Injurienform mit den anderen unter einen Gesichtspunkt zu bringen (S. 30). Gegen diese völlige Besonderung und damit auch gegen die sie bedingende Grundauffassung Pernices spricht aber der Umstand, dass gerade die Körperverletzung öfters als contumelia bezeichnet wird. (so z. B. l. 5 § 1 D. 9. 2). Es ist dies ein Beweis dafür, dass die mit contumelia bezeichnete Wirkung der Injurie auf das Selbstgefühl auch bei der Körperverletzung zutrifft und dass darum die Bedeutung der contumelia als Ehrverletzung im modernen Sinne, die sich allerdings auf die Körperverletzung nicht anwenden lässt, mit den Quellen im Widerspruch steht. Die Injurienqualität des Hausfriedensbruches bei dem natürlich gleichfalls eine Herabsetzung in der öffentlichen Meinung schwer zu begründen ist, sucht Pernice dadurch zu erklären, dass er nicht zum Edikte des Praetors, sondern zum Cornelischen Gesetze ge-

[1]) Pernice, Labeo, II, 1. 2. Aufl. 1895. S. 20 f.

hört habe, welches gerade eine Ergänzung der praetorischen Injurie sein sollte (S. 35). Aber die ergänzende Funktion des Gesetzes lag, wie wir sehen werden,[2]) vielmehr auf dem Gebiete des Prozesses und der Strafdrohung. Seine Tatbestände waren dem praetorischen Rechte entnommen.

Der Gesichtspunkt der Herabsetzung in der öffentlichen Meinung ist nicht nur in diesen von Pernice selbst indirekt zugestandenen Fällen unzureichend. Zahlreiche Injurien können von Nebenfolgen für den Ruf des Verletzten begleitet sein oder ihn zum Gegenstande lästigen Klatsches machen, ohne dass man das Wesen des Deliktes schon in diesen Nebenfolgen erblicken dürfte. Im einzelnen werden wir dies ausführen bei Behandlung der Keuschheitsdelikte, der Verletzung des Testamentsgeheimnisses, der rechtswidrigen Leibesuntersuchung einer Frau und bei den mittelbaren Injurien. Nur bei der Infamation und zum Teil beim convicium ist in der Herabsetzung der eigentliche Grund der Bestrafung zu sehen.

Darum sucht Pernice gerade das Gebiet des Infamationsverbotes über den überlieferten Umfang hinaus zu erweitern (S. 33 f.). Er zählt hiezu namentlich auch die Fälle der Behinderung im konkreten Handeln l. 13 § 7 D. h. t. (S. 34). Wer einen anderen in der Ausübung einer Befugnis behindere, der beschränke seine bürgerliche Handlungsfähigkeit und damit die Bürgerstellung selbst. Es ist freilich nicht einzusehen, inwiefern mich eine solche Beschränkung meiner Bürgerstellung infamieren kann. Offenbar liegt auch hier wieder der Gedanke zu Grunde, dass der Täter durch die Handlung ein Zeichen für das Urteil setze, der Angegriffene sei nicht Bürger oder des Bürgerrechts unwürdig. Es muss aber bestritten werden, dass der Behinderung der freien Bewegung auf der Strasse, im Theater, im Bade oder derjenigen des Gebrauches der eigenen Sache allemal ein solcher Aeusserungsgehalt innewohne. Solange es einen verbrecherischen Willen gibt, der klar erkanntem Rechte zuwider handelt, darf die Rechtsverletzung im Allgemeinen nicht als Rechtsbestreitung ausgelegt werden. Wenn heute A den B von dem von ihm eingenommenen Platz auf der Promenadenbank oder im Theater wegweist oder ihn am Baden im öffentlichen Flusse behindert,

[2]) cf. S. 96 und weiter unten Teil III § 17, 5. I.

so wird der allerletzte Gedanke, auf den man verfällt, derjenige sein, es wolle A das Bürgerrecht des B bestreiten oder behaupten, B gehöre zu den Personen, denen nach § 39 No. 1 R. Str. G. B. der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten verboten sei. Auch wächst mit dieser Interpretation der Injurienbegriff wieder ins Ungemessene, da man sie jeder bewussten Rechtsverletzung unterlegen kann.

§ 10.

7.

Mommsen.[1])

Den offenen Bruch mit der Auffassung der römischen Iniuria als Ehrenkränkung hat zuerst *Mommsen* vollzogen.

„Die Beschränkung der römischen Iniuria auf die Ehrenkränkung ist so wenig richtig, dass weder die durchsichtige Benennung des Deliktes, noch dessen wichtigste und ursprünglichste Anwendungen auf diese passen und die Erstreckung der Injurienklage auf sie wahrscheinlich erst im Laufe der Rechtsentwicklung stattgefunden hat“ (S. 788).

„Verwundung und Hausfriedensbruch lassen sich ohne unzulässige Begriffsdehnung unter den Begriff der Ehrenkränkung nicht ziehen, ebensowenig die dem unmündigen Kinde oder dem Sklaven zugefügte Injurie“ (S. 788 Not. 3). „Das Wort contumelia umfasst zwar das gesamte Gebiet der Injuriendelikte, geht aber seinem ethischen Wortsinn gemäss, als geringschätzige Behandlung, Verletzung der Persönlichkeit im moralischen Sinne überhaupt weit über das Rechtsgebiet hinaus“ (S. 788 Not. 2).

Der Begriff der Iniuria selbst greift als Verletzung der Persönlichkeit weit über das Gebiet der klagbaren Privatiniurie hinaus. Den weiten Kreis dieses Wortes wird eher die Majestätsklage in ihrer Beziehung auf den Kaiser als das Privatdelikt ausfüllen (S. 790). Die Injurie als Privatdelikt steht gegen diesen Kreis an Umfang zurück.

Die Fälle der klagbaren Injurien fasst Mommsen (S. 787) in die drei Kategorien zusammen: Verletzung der Persönlichkeit in ihrem Körper oder in ihrer Rechtsstellung oder an ihrer Ehre.

---

[1]) Römisches Strafrecht, S. 784 f.

wobei zugegeben ist, dass die Quellen technische Bezeichnungen für diese Kategorien nicht kennen.

Wichtiger aber als diese Zusammenfassung ist die Herausarbeitung der einzelnen Verletzungen, auf welche naturgemäss das Schwergewicht fallen muss, sobald man die Injurie nicht mehr als einheitliches Delikt, sondern als Kreis der Personalverletzungen betrachtet. Hier ist die Mommsen'sche Darstellung grundlegend: Körperverletzung, Verleitung zu unsittlichem Lebenswandel, Unzucht, Verletzung des Hausrechtes, häusliche Belästigung, die Schmähung, erhalten ihre selbständige Stellung.

Nicht ebenso glücklich ist die Frage der Selbständigkeit anderer Vergehen gelöst. Namentlich ist es auch Mommsen noch nicht gelungen, den Widerstand zu überwinden, den unsere Gruppe III der Einordnung in ein System rein persönlicher Verletzungen entgegenzusetzen scheint. Eine Anzahl von Deliktsfällen fasst er in der Kategorie „Verletzung der Person in ihrer Rechtsstellung" zusammen und charakterisiert sie speziell als „Behandlung eines Mitbürgers als wäre er nicht rechtsgleich" (S. 793). Diese Bezeichnungen treffen wörtlich zu auf die Delikte der Nichtanerkennung der libertas eines anderen oder seiner ständischen Privilegien. Wenn aber darüber hinaus auch die Einsperrung, die Ausschliessung von der Ausübung der am öffentlichen Boden einem jeden zustehenden Befugnisse, die Besitznahme der Habe oder die Behinderung des freien Eigentumsgebrauches, das demonstrative Verhalten gegen Jemanden als wäre er nicht zahlungsfähig, und die vorzeitige Veröffentlichung des letzten Willens unter dem Gesichtspunkte des Angriffs auf die Rechtsstellung Injurien sein sollen, so ist für die Auffassung eine doppelte Möglichkeit gegeben. Es kann mit dem Ausdruck „Angriff auf die Rechtsstellung" entweder gemeint sein eine Aeusserung der praktischen Missachtung, die mangelnde Bereitschaft aus der erkannten Rechtsgleichheit, die praktischen Konsequenzen für die Achtung der Rechtsgüter zu ziehen. Damit wären natürlich diese Fälle von anderen Rechtverletzungen überhaupt nicht abgegrenzt und Tür und Tor der Injurienkategorie jedem Delikte überhaupt geöffnet. Oder aber es soll, worauf der Ausdruck „Behandlung des Anderen als sei er nicht rechtsgleich" hinzuweisen scheint, die juristische Bedeutung dieser

Handlungen darin liegen, dass sie Zeichen sind für das Urteil, die Persönlichkeit des Anderen sei nicht gleichberechtigt, ein Urteil also über den Umfang der Rechtspersönlichkeit des Andern. Damit aber wäre, trotz der ausdrücklichen Ablehnung der Theorie der modernen Ehrenkränkung, für den Kreis dieser Fälle ein ganz offenbarer nur durch die neutralen Ausdrücke „Rechtsstellung“ und „Rechtsgleichheit“ verhüllter Rückfall in die alte Existimatio-Theorie gegeben. Denn die Norm für diesen Fall wäre: Du sollst Anderen nicht zu erkennen geben, dass Du sie nicht für rechtsgleich hältst; die einzelnen Verletzungen aber würden sich als zufällige Erscheinungen der Kundgabe eines solchen Urteils darstellen. Dass uns aber weder die Natur der Dinge noch die römischen Quellen dazu zwingen oder auch nur berechtigen, hinter jeder Rechtsverletzung ein solches Urteil zu sehen, das haben wir bereits im Vorhergehenden darzulegen Gelegenheit gehabt.

§ II.

8.

Maschke.[1])

Wenn die römischen Juristen, um die Iniuria zu bezeichnen zu dem Worte contumelia greifen, so ist dies nach *Maschke* ein Verlegenheitsmanöver. Die sprachliche Abgrenzung des Zivildeliktes Iniuria gegen die Bedeutung des Wortes als Rechtswidrigkeit und gegen seine technische Verwendung im aquilischen Rechte machte den Römern Schwierigkeiten. Sollte die pönale Natur der Injurienklage der reipersekutorischen Funktion anderer Klagen gegenübergestellt werden, so wurde die contumelia in den Vordergrund gerückt. Dass aber die römischen Juristen nicht daran gedacht haben, mit dieser gelegentlichen Bezeichnung ernst zu machen und den Umfang der Deliktsfamilie nach der Bedeutung des Wortes contumelia zu bestimmen, zeigte ihre eigene Kasuistik (S. 82. 83).

Wenn man unter contumelia die Ehrenkränkung, Ehrverletzung versteht (und diesen Sinn allein legt Maschke dem Worte unter

---

[1]) **Maschke**, Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems. Heft 10 der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechtes von **Leonhard**. Breslau 1903.

S. 90 Not. 1), so ist die vorgetragene Ansicht durchaus richtig und man kann sich gewiss keine stringentere Beweisführung für die Verschiedenheit der Begriffe Ehrverletzung und Injurie wünschen, als sie Maschke (S. 82—90) gegeben hat. Aber angesichts der doch durchaus nicht exemplifikatorisch gehaltenen, sondern allgemein zu verstehenden Gleichsetzung der Iniuria mit der contumelia in l. 1 pr. D. h. t. und Coll. II. 5. 1 hätte sich doch der Zweifel regen sollen, ob in der Tat die römischen Juristen bei der Gleichung iniuria = contumelia die engere Bedeutung des letzteren Wortes im Sinne gehabt haben. Auch uns ist die Injurie nicht Ehrverletzung, sondern Personalverletzung schlechthin. Wir werden aber am Schlusse der Abhandlung sehen, dass die römischen Juristen sich mit der Gesamtbezeichnung contumelia nicht gegen die materielle Natur der Deliktsfamilie verfehlen, sondern die besondere Einwirkung aller persönlichen Verletzungen auf das Selbstgefühl zu entsprechendem Ausdruck bringen.

Das Wesen der Injurienfamilie sieht Maschke, wie schon der Titel eines Buches anzeigt, darin, dass sie die Verletzungen der Persönlichkeit umfasst. In dieser Grundauffassung stimmen wir mit ihm überein. Zahlreiche Abweichungen bei der Auffassung der einzelnen Delikte sollen erst dort dargelegt werden, wo wir auf das Detail des Injurienrechtes eingehen. Hier wollen wir nur Stellung nehmen zu der allgemeinen Formel, unter welcher Maschke die Persönlichkeitsrechte glaubt zusammenfassen zu können und zur Art der Behandlung der Fälle unserer Gruppe III.

Als allgemeine Formel für die von der Injurienkategorie umspannten Delikte gegen die Person stellt Maschke auf: die Verletzung der Persönlichkeit in ihrer körperlichen und seelischen Integrität, von denen die letztere auch die Freiheit der Bewegung und Betätigung, der allgemeinen wie der individuellen umfasst (S. 50). Der Schutz der körperlichen Integrität und Gesundheit nimmt auch bei ihm eine besondere Stellung ein. Alle anderen Injurienfälle werden zusammengefasst als Störung der seelischen Integrität, Trübung des seelischen Gleichgewichtes, als Angriffe auf die Psyche, die seelische Gemütsruhe (S. 38, 40, 43, 45, 49, 50). Dabei liegt überall der Gedanke einer Analogie der Verletzung des Körpers und derjenigen der Seele zu Grunde. Die körperliche Integrität und Gesundheit wird mit der Gemütsruhe

als Gesundheit der Seele, die Trübung des seelischen Gleichgewichtes mit der Verwundung des Körpers in Parallele gebracht (S. 38, 50).

Die Aufstellung jener Formel für die Gesamtheit der Personalverletzungen ist aber vom psychologischen und vom juristischen Standpunkt aus mehreren Gründen anfechtbar.

Hat man sich einmal vergegenwärtigt, wie das unmittelbar erlebte Ich uns nur in Gefühlen gegeben ist, wie diese jenes konstituieren und nur die Bewusstseinssymptome sind für die Weise, wie sich unsere Psyche zu dem verhält, was sie erlebt, so muss man zur Einsicht gelangen, dass Ausdrücke wie „Störung der seelischen Integrität“, „Angriff auf die Psyche“, zur Abgrenzung irgend einer bestimmten Art von Verletzungen überhaupt untauglich sind. Der körperliche Schmerz kann in höherem oder geringerem Grade ein Gefühl seelischer Unlust hervorrufen, die Ehrverletzung kränkt das Gefühl unseres Wertes, die Vermögensentziehung das Gefühl unserer sachlichen Macht. Jede Verletzung kann oder muss in ein Gefühl seelischer Unlust ausmünden: Diese Unlust bildet den letzten Sinn der Verletzung überhaupt, mag man im übrigen bei den einzelnen Delikten verlangen, dass sie von dem Angegriffenen wirklich empfunden wurde oder sich mit der Voraussetzung des Gesetzgebers begnügen, dass ein normales Gemüt sie empfindet. Ist danach die Störung der Psyche oder ihres Gleichgewichtes die allgemeine Wirkung aller Verletzungen, so kann sie nicht als charakteristisches Merkmal für einzelne Delikte oder eine Deliktsgruppe verwendet werden. Das Delikt lässt sich immer nur charakterisieren durch das spezielle Erlebnis der Verletzung, auf welches die Seele durch ein Unlustgefühl reagiert. Es ist möglich, dass das einem solchen speziellen Erlebnis korrespondierende Unlustgefühl einen besonderen Namen besitzt, wie z. B. das gekränkte Ehrgefühl. Dann ist mit der Bezeichnung des verletzten Gefühls auch das Erlebnis bezeichnet, um das es sich im speziellen Falle handelt. Den Maschke'schen Formeln „Störung der seelischen Integrität, Gemütsruhe“ etc. aber fehlt jede notwendige spezifische Beziehung auf die besonderen Arten der Unlust, welche den doch recht mannigfachen Erlebnissen der Störung im Hausfrieden, in der Geschlechtssphäre, in der freien Betätigung etc. entsprechen. Noch ist freilich die Möglichkeit vorhanden, dass Maschke den Ausdruck „Angriff auf die Psyche“

hier im Sinne der unmittelbaren Gefühlsverletzung gebraucht. Man kann nämlich unterscheiden: eine mittelbare Gefühlsverletzung, welche nur psychischer Reflex ist einer zunächst ausserhalb meines psychischen Lebens eintretenden Hemmung wie z. B. Zerstörung einer mir gehörigen Sache, Behinderung der Fortbewegung vom Orte, und unmittelbare Gefühlsverletzungen, bei denen die Handlungen ausschliesslich in der Zuführung eines von meiner Seele unlustvoll aufgenommenen Vorstellungsinhaltes besteht, wie z. B. bei Verletzung des religiösen Gefühls durch Gotteslästerung. Belegt man dann diese unmittelbaren Gefühlsverletzungen mit dem Namen des „Angriffs auf die Psyche“ schlechthin, so ist damit allerdings etwas Bestimmtes gemeint. In dieser zweiten Bedeutung aber wäre Maschke's Formel für die Umschreibung der Personalverletzungen zu eng. Denn das Wesen der Freiheitsverletzung z. B. besteht in der Beeinträchtigung der freien Entfaltung meiner Kräfte, das der Körperverletzung in der Verletzung des selbständigen Rechtsgutes der Gesundheit und die Verletzung im Gefühl ist hier anders, wie etwa bei der Belästigung durch Zoten, nur die, wenn auch notwendige, Begleiterscheinung jener primären, äusseren Störung.

Wenn ferner Maschke seine Formeln vom Angriff auf die Psyche durch die Analogie des Angriffes auf den Körper zu stützen sucht, so ist dies verfehlt wegen der durchaus verschiedenen kriminalpolitischen Stellung der beiden Verletzungsgruppen. Die Verletzung des Körpers trägt den Grund ihrer Strafbarkeit in sich selbst. Wohin aber sollte es führen, wollte man jede bewusste Erregung eines Unlustgefühls unter Strafe oder Busse stellen? Es hiesse ein Strafgesetzbuch für das Schlaraffenland schreiben, wollte man das ungetrübte seelische Wohlbehagen und die Gemütsruhe des Einzelnen zu Rechtsgütern erheben. In Wirklichkeit schützt uns das Recht nur vor solcher Unlust, die Bewusstseinssymptom der Verletzung eines menschlichen Gutes von objektivem anerkanntem Werte ist. Und nur in ganz vereinzelten Beziehungen erscheint der ungestörte Ablauf von Vorstellungen und Gefühlen selbst als Rechtsgut, so z. B. in der religiösen Sphäre (Gotteslästerung) oder in der Sphäre des Geschlechtslebens (Belästigung durch unanständige Verlautbarungen)[2].

[2]) Glaser, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I, S. 8 f.

Als zweiter Punkt interessiert uns hier Maschke's Verhältnis zu den Fällen unserer Gruppe III.

Zunächst der Schutz des Gemeingebrauches l. 2 § 9 D. 43, 28 und l. 13 § 7 D. h. t. Schutzobjekt ist ihm nicht die natürliche Handlungsfreiheit, sondern das Recht auf den Gemeingebrauch selbst, dass eine Erweiterung meiner sachlichen Machtssphäre über mein Privatvermögen hinaus darstellt. Die Interdicta de rebus publicis zeigen Lücken im Tatbestande und in diese Lücken tritt die Injurienklage ein. Nun fühlt Maschke, dass es nicht angeht, ein eminent pönales Rechtsmittel wie die Injurienklage einfach als Ergänzung der Funktion reipersekutorischer und prohibitorischer Rechtsmittel wie die erwähnten Interdikte für die materiellen Lücken in deren Tatbestande heranzuziehen. Aus diesem Grunde sucht er zu beweisen, dass die Injurienklage wegen Behinderung des Gemeingebrauches nach Voraussetzungen und Wirkungen ihre pönale Natur verleugnet und unter den Regeln jener reipersekutorischen und prohibitorischen Interdikte gestanden habe (S. 62 f.). Der Beweis dürfte kaum gelungen sein. Zunächst soll in diesen Fällen auch bei der Injurienklage lediglich der objektive Tatbestand der Störung in Betracht kommen. Das soll sich einmal daraus ergeben, dass die Klage in dieseu Fällen als die ausschliessliche bezeichnet wird. Doch kommt dieses Argument auf eine petitio principii hinaus, da das Schweigen der Quellen über die Behandlung der fahrlässigen oder zufälligen Störung ein Mangel nur unter der erst zu beweisenden Voraussetzung ist, dass es sich hier um den objektiven Schutz des Gebrauchsrechtes und nicht viel mehr um die Ahndung doloser Störung der natürlichen Bewegungsfreiheit handelt. Die l. 14 D. h. t. ferner scheint eher die interdicta publica als die Injurienklage von den Privatinterdikten abzugrenzen. Wenn endlich das Fehlen des Tatbestandes der Behinderung in der Benutzung einer öffentlichen Strasse bei der Injurienklage aus dem Vorhandensein eines besonderen Interdiktes für diesen Fall erklärt und daraus die genaue Abstellung der Klage auf die materiellen Lücken des Interdiktenrechtes bei völliger Gleichheit der Natur der Rechtsmittel in diesen Fällen geschlossen wird, so lässt sich erwidern, dass das interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat l. 2 § 45 D. 43. 8 nur prohibitorisch eine künftige, erst

noch bevorstehende Verhinderung verbietet[3]), während die bereits eingetretene Störung, soweit die allgemeinen Voraussetzungen des Deliktes vorlagen, unter das prohibere quo alio loco agere fallen konnte. Die Möglichkeit der Berücksichtigung eines reipersekutorischen Elementes (l. 8 C. h. t.) hatte, wie wir schon bei der Widerlegung *Jherings* sahen, den Charakter der Injurienklage als einer actio mere poenalis mit allen Voraussetzungen und Wirkungen einer solchen nicht im Geringsten alteriert[4]). Das Erfordernis des Dolus, die infamierende Wirkung der Verurteilung und des pactum, l. 1 D. 3. 2, der eventuelle Ersatz der Geldbusse durch Züchtigung l. 35 D. h. t., die Zulässigkeit krimineller Klage l. 45 D. h. t., Inst. h. t. § 10: sie werden als gänzlich allgemeine Voraussetzungen und Wirkungen der Injurie ausgesprochen. Für den Schutz, welchen die Injurienklage gegen objektive Störungen des Gemeingebrauchs gewähren sollte, passt dies alles nicht. Es ist aber unmöglich zu glauben, dass die Quellen die von Maschke angenommene Ausnahme nicht ausdrücklich erwähnt und die durchaus veränderten Bedingungen der Klage in jenen Ausnahmefällen nicht wenigstens angedeutet hätten.

Auch in die Lücken der Besitzinterdikte soll die Injurienklage als Schutzmittel für Besitz und Detention einrücken (S. 65 f.). Zu dem, was gegen die gleiche Anschauung bei Jhering gesagt wurde, ist hier nichts hinzuzufügen. Der Fehler ist bei Maschke derselbe. Das Moment der Verletzung des sachlichen Rechtsgutes, des Besitzes oder der Detention, wird zum abstrakten Tatbestand erhoben, das für die Iniuria allein wesentliche Moment der Verletzung des persönlichen Rechtsgutes wird zwar erwähnt, jedoch in seiner Bedeutung als einzig wesentlicher und zureichender Grund der Injurienklage nicht gewürdigt. Die Einsicht, dass die Injurienklage auch da gegeben sein kann, wo die Störung der Beziehung auf den Besitz ermangelt (die nächtlichen Spekulanten) oder „wo ein Besitz um deswillen nicht gestört werden kann, weil der Verletzte überhaupt keinen, nämlich nicht einmal Detention gehabt hat" (S. 79), hätte zu der Erkenntnis führen müssen, dass auch

---

3) Ubbelohde, Interdikte IV, S. 281.

4) Haillant S. 33.

in jenen Fällen, wo mit der persönlichen Belästigung eine Störung des Besitzes oder der Detention gegeben ist, nicht diese, sondern die Verletzung im persönlichen Rechtsgute den abstrakten Tatbestand der Injurienklage bildet. Wenn Maschke statt dessen diese Fälle als anormal bezeichnet und den Gedanken von der den Besitzesschutz ergänzenden Funktion der Klage festhält, so macht sich eben hierin auch noch bei ihm die Macht der Traditon geltend.

Zur materiellen Verknüpfung der Besitzstörungen mit den anderen Fällen der Iniuria dient Maschke der *Puchta*'sche Gedanke von dem Persönlichkeitsrechte des Besitzes (S. 76). Es dürfte zu weit führen, wollten wir hier in eine vollständige Prüfung der Berechtigung der Puchta'schen Lehre eintreten. Man kann ganz unabhängig von einem Eingehen auf diese Lehre in den Beziehungen zwischen Personen und Sachen eine dreifache Abstufung feststellen: 1. Die Sache ist Gegenstand einer bestimmten konkreten Willenshandlung, so im einzelnen Akte des Genusses oder der Verfügung. 2. Eine Person besitzt die in die Zukunft wirkende tatsächliche Möglichkeit, die Sache jederzeit zum Gegenstande eines konkreten Genuss- oder Verfügungsaktes zu machen. 3. Eine Sache ist Gegenstand eines Rechtes, dem gegenwärtig die tatsächliche Möglichkeit einer Einwirkung nicht entspricht. Der erste Fall stellt die engste Beziehung der Person zur Sache dar. Ihr kommt der Schutz der Freiheit des konkreten Handelns zu Gute. Im dritten Falle liegt eine faktische Beziehung der natürlichen Person zur Sache überhaupt nicht vor. In der Mitte zwischen beiden steht der Fall des Besitzes. Hier ist die Beziehung der Person zur Sache loser wie bei der unmittelbaren Einwirkung und doch enger wie beim Recht, da in der tatsächlichen Gewalt der natürliche Wille der Person potenziell, wenn auch nicht in jedem Augenblicke aktuell, verwirklicht ist. Aus dieser engeren Verbindung der natürlichen Person mit der Sache im Besitze erklärt sich das besondere injuriöse Moment, das den Besitzesverletzungen im Gegensatz zu Rechtsverletznugen innewohnt. Es wäre daher die Einbeziehung von Besitzstörungen unter das Injurienrecht unter diesem Gesichtspunkte nicht unmöglich. Doch glaube ich nachweisen zu können, dass es sich in den Fällen unserer Gruppe III überall nicht um den Besitz,

sondern um die engere Beziehung handelt, in welche die Sache im einzelnen Akte des Genusses oder der Verfügung zum menschlichen Willen tritt; nicht um die Behinderung der faktisch bestehenden generellen Möglichkeit des Genusses oder der Verfügung, sondern um die Störung der Freiheit des Handelns im einzelnen konkreten Willensakte.

Dritter Teil.

Die einzelnen Delikte der Injurienfamilie.

§ 12.

Methode und Plan des Folgenden.

Die theoretischen Ausführungen der römischen Juristen über das gemeinsame Wesen der Injurien sind dürftig. Man findet sie überhaupt nur bei *Ulpian* l. 1 pr. D. h. t. und *Paulus* Coll. II. 5. 1. Dort laufen sie darauf hinaus, dass die iniuria im speziellen Sinne im Gegensatz zum Unrecht überhaupt durch das Wort contumelia ersetzt wird. Paulus sagt ausserdem, die contumelia sei dasselbe, was die Griechen ὕβρις nennen. Offenbar zur Bezeichnung des gemeinsamen Objektes aller Injurien kommen dann noch an wenigen Stellen die Worte existimatio und pudor vor[1]). Contumelia hängt mit contemnere zusammen und bedeutet die Kundgebung, Aeusserung der Verachtung oder Missachtung, existimatio ist mit Ehre, Achtung, pudor mit Selbstgefühl, Ehrgefühl, Schamgefühl zu übersetzen. Wir haben es hier also mit den lateinischen Aequivalenten jener in der Einleitung behandelten Wortbegriffe zu tun, welche sich auf den Wert des Menschen, das ihm entsprechende oder zuwiderlaufende Verhalten und die begleitenden Gefühle beziehen. Die oben gewonnene Erkenntnis der Vieldeutigkeit aller dieser Begriffe muss für die Methode der nachfolgenden Untersuchung bestimmend sein.

---

[1]) Vergl. unten Teil IV. bei Erklärung dieser Worte.

Wenn jene Worte bisher immer wieder den Anlass dazu gegeben haben, einen das ganze Gebiet der in der Injurienfamilie enthaltenen Delikte umfassenden Beleidigungsbegriff zu suchen, so war hieran das Verfahren bei Ermittelung ihrer Bedeutung schuld. Man übersetzte sie als Kundgebung der Missachtung, Verletzung der Ehre, Ehre und Ehrgefühl. Diese Uebersetzung ergab die für unser Delikt der Ehrenbeleidigung geltenden sprachlichen Formeln. Die Injurie erschien dann als Beleidigung mit entsprechend erweitertem Umfange. Zu einem richtigen Resultat aber kann nur das umgekehrte Verfahren führen. Nichts berechtigt uns bei der Vieldeutigkeit jener Worte ihnen, wo sie als Synonyma der Iniuria auftreten, ohne weitere Prüfung einen Sinn beizulegen analog demjenigen, in welchem sie zur Bezeichnung der eigentlichen Ehrenbeleidigung verwendet werden. Es ist vielmehr zunächst das Wesen der Sache, deren sprachliche Symbole sie sind, hier der Injurienfamilie, zu untersuchen. Die Freiheit dieser Untersuchung ist von vornherein nur dadurch beschränkt, dass ihr Resultat jedenfalls innerhalb des durch das Symbol umfassten weitesten Bedeutungskreises liegen muss.

Die Erkenntnis des Wesens der Injurienfamilie aber können wir nur durch eine genaue Darstellung der einzelnen zu ihr gehörigen Glieder gewinnen, der wir uns nunmehr zuwenden wollen.

Die Einteilungen der Injurienfälle durch die römischen Juristen sind durchaus doktrinärer Natur[2]). Da die von ihnen gebildeten Gruppen durch keinerlei rechtlich in Betracht kommende Momente zusammengefasst sind, noch durch solche Merkmale von den anderen Gruppen sich unterscheiden, so sind wir bei unserer Darstellung, die nicht der Theorie der römischen Juristen über ihr Recht, sondern diesem selbst gilt, an ihre Einteilungen nicht gebunden. Wir werden daher unbekümmert um die Systematik der Römer nach Massgabe der durch die Einzeluntersuchung gewonnenen Einsicht der Wesensgleichheit oder Verschiedenheit

[2]) Labeo l. 1 § 1 D. h. t. re — verbis, Ulpian l. 1 § 2 D. h. t. in corpus, ad dignitatem, ad infamiam, Paulus Sent II. 4. 1 in corpus — extra corpus. Coll. II. 5. 4 (Paulus) in corpore, vercis vel cum matronae . . . . comites abducuntur. Aut. ad Her. IV. 25. 35.: iniuriae sunt quae aut pulsatione corpus aut convitio aures aut aliqua turpitudine vitam cniuspiam violant. Seneca, (Pater). Contr. L. X. 1, 9: omnia iniuriae genera lege comprehensa sunt: pulsare non licet, convicium facere contra bonos mores non licet.

der einzelnen Sätze und ihrer Anwendungsfälle, das wesentlich Gleiche zusammenfassen, das Verschiedene trennen. Indem wir hierbei dem Wesen der behandelten Gegenstände selbst Folge geben, bedienen wir uns nur einer Freiheit, die bei der Darstellung des Systems des römischen Privatrechtes längst allgemein anerkannt ist.

§ 13.

1.

Körperverletzung.

Zu den Injurien gehören zunächst die Körperverletzungen. Mit diesem Ausdruck möchte ich aber der Untersuchung der juristischen Natur dieser Gruppe nicht vorgreifen. Er soll zunächst nur schlechthin als zusammenfassende Bezeichnung der Angriffe auf den Körper dienen, ohne bereits eine Theorie über das Wesen derselben darzustellen.

Gerade hier fliessen die sonst für die älteste Zeit so spärlichen Quellen der geschichtlichen Ueberlieferung sehr reichlich. Sind uns doch nicht weniger als drei XII Tafelgesetze erhalten, von denen zwei nur auf körperliche Angriffe bezogen werden können (*Bruns, Fontes,* XII. tabulae. VIII. 2 und 3), während bei dem allgemein redenden und deshalb seinem Inhalt nach schwer zu bestimmenden dritten Satze (Bruns. Fontes, XII tabulae VIII 4) die Beziehung auf die Körperverletzung jedenfalls die einzig bezeugte ist[1]).

An diesen Bestimmungen musste die ausserordentliche Verschiedenheit der Sanktionen auffallen (Talio-Geldbusse), für die man in der Qualität oder der Schwere der beiden Tatbestände der membri ruptio und ossis fractio eine ausreichende Erklärung nicht finden konnte[2]). Seitdem aber dieses Problem in neuester Zeit[3]) dank der Feststellung der ganz allgemeinen auf jede Körperverletzung bezüglichen Bedeutung der membri ruptio eine be-

[1]) Gellius, Noct. Att. XX. 1, (12), § 13, womit nicht gesagt sein soll, dass sie wirklich die einzige war. Die Frage lässt sich bei dem Mangel jeder ergänzenden Ueberlieferung weder im bejahenden. noch im verneinendem Sinne entscheiden.

[2]) Am vollkommensten sind die Versuche, einen materiellen Unterschied zwischen beiden zu finden, zusammengestellt bei Günther, Widervergeltung I S. 121 ff., insbes. 123, 124.

[3]) Maschke, S. 4 bis 7.

friedigende Lösung dahin gefunden hat, dass die Talio primär für jeden Fall angeordnet war und die Geldbusse nur sekundär, im Falle der Undurchführbarkeit jener, nach der Bedeutung der einzelnen Handlungen abgestuft, Anwendung fand, bieten jene Bestimmungen im Rahmen dieser Arbeit zu einer Behandlung um so weniger Anlass, als sie in klassischer Zeit absolut veraltet waren: *Gai.* III. 224.

Nur in einer Beziehung sind sie auch für uns von prinzipiellem Interesse: durch die Frage, ob sie im Sinne ihrer Zeit vielleicht gar nicht als Injurien sondern als Sachbeschädigung aufzufassen sind[4]). Ich halte die Frage für gegenstandslos. Wir hatten oben gesehen, wie die Iniuria der XII. Tafeln neuerdings als das ursprüngliche Privatdelikt schlechthin erwiesen worden ist. Die undifferenzierte Zusammenfassung der grossen Masse der Privatdelikte[5]) in einer Deliktskategorie dürfte sich am besten dadurch erklären, dass der naiven Auffassung jener Zeiten der tiefgehende innere Unterschied persönlicher und sachlicher Verletzungen nicht hinreichend bewusst geworden war und darum zu einer entsprechenden Gliederung des allgemeinen Gedankens der Antastung der Privatrechtssphäre überhaupt noch nicht führen konnte. Ein anderes Symptom dieser undifferenzierten Auffassung ist die uns so fremd anmutende geradezu mathematische Aequivalenz persönlicher und sachlicher Werte auf primitiven Entwicklungsstufen der Rechte (die Busstaxen für einzelne Glieder, die Schuldvollstreckung in den Körper): Ganz einseitig deutet man dies gewöhnlich als eine Herabsetzung der persönlichen Werte zu rein sachlichen, während die Erscheinung doch auch nach der anderen Seite hin in der späterer Zeit unverständlichen Empfindlichkeit für Verletzung auch rein sachlicher Werte ihre Ergänzung findet[6]). Zusammengefasst sind die beiden Erscheinungen ein

---

[4]) Dies behauptet Voigt XII Taf. B. II. S. 520, 521 mit ausführlicher Begründung für die Verletzung des Freien sowohl wie des Sklaven, Maschke, S. 9 nur für die letztere. Auch Wlassak, Röm. Prozess-Gesetze I. 247 n. 13 hält Voigts Gründe für beachtenswert.

[5]) Das furtum bildet eine Ausnahme, da es sich den Völkern schon in ihrer Kindheit wegen der Bedeutung, die es in Zeiten des Uebergangs vom Kommunismus znm Privateigentum hat, in seiner Eigenart besonders aufdrängt.

[6]) Die strengen Strafen des Diebstahls, die Todesstrafe für Tötung des Ackerstieres, Varro R. R. II. 5. 4.

Beweis dafür, dass „die Unterschiede des Persönlichen und Unpersönlichen noch unreflektiert in ihrer Einheit schlummerten“[7]),

Wenn daher die römische Ueberlieferung[8]) die Vorschriften der XII. Tafeln als Injurien im Sinne ihrer Zeit anspricht, so ist dies kein geringerer Anachronismus, als wenn Neuere ihre Natur als Sachbeschädigung erweisen zu können glauben. Die Gründe, welche man hierfür beigebracht hat, erweisen sich nicht als stichhaltig. Zunächst soll dafür sprechen der Bericht von *Gellius* XX. l. 12 § 16 f., wonach bei der membri ruptio die für die Injurie niemals ausreichende Fahrlässigkeit genügte[9]). Aber einerseits sagt jener Bericht mehr: er erkennt auch die Zufallshaftung an, die doch auch bei der Sachbeschädigung des späteren Rechtes nicht mehr statt hatte, andererseits wäre es im Geiste der universellen Rechtsgeschichte durchaus verständlich, wenn auch das Delikt der Iniuria als Körperverletzung die Entwickelung von der Erfolgshaftung zur Schuldhaftung und zur Differenzierung der Schuldformen zur Zeit der XII. Tafeln noch nicht hinter sich gehabt hätte[10]). Es soll weiter[11]) auch die Höhe der Sklavenbusse (die Hälfte der Herrenbusse bei ossis fractio) nur als poenaler Ansatz erlittenen Schadens erklärbar sein, da die den Herren gar nicht empfindlich berührende mittelbare Injuriierung durch das Mittel des Sklaven mit 25 As ausreichend bestraft wäre. Ich glaube aber, dass umgekehrt der Sklave als natürliche Person dem Herrn weit näher steht wie der Sklave als Sache und finde in der Halbierung der Herrenbusse einen Ausdruck dafür, dass im Sklaven eine natürliche Person von minderem Werte anerkannt wurde[12]). Eine solche Berücksichtigung des Menschen im Sklaven darf gerade in ältester Zeit nicht Wunder nehmen, wo der Herr, seine Familie und das Gesinde unter einem Dache leben, derselben

---

[7]) Rossbach, Ehe, not. 100.

[8]) Gell. l. c. XX. 1. 32 ff., Gai. III. 2. 23, Paul. Sent. V. 4. 6, Coll. II. 5. 5.

[9]) Voigt, l. c. S. 520.

[10]) Löffler, Schuldformen § 5, insbes. S. 62, 63 u. Anhang III. S. 91. 92, ferner S. 35 u. 9.

[11]) Voigt, l. c. S. 521.

[12]) Man muss dabei nicht gerade mit Huschke, Gaius S. 119 die Halbierung darauf zurückführen wollen, dass der Sklave zugleich iure naturali Person, civili keine Person war.

Arbeit nachgehen und in Kultur und Bildung sich nahe stehen[13]). Nehmen wir hinzu, dass in jenen Zeiten auch das Glied des Herrn nach einer Quantität Geld abgeschätzt wird, also gewissermassen einen Preis hat, so ist verständlich, dass auch das Glied des ihm persönlich nahestehenden Sklaven in einer freilich nur einen Bruchteil der Herrenbusse darstellenden Summe sein Aequivalent findet[14]).

In späterer Zeit wurde die Körperverletzung auf Grund des Ediktes und der lex Cornelia geahndet. Da eine besondere Ediktsvorschrift über die Körperverletzung nicht bestand, so beruhte die Erteilung der Klage auf dem edictum generale. Das entbindet uns aber nicht von der Verpflichtung die Norm aufzusuchen, welche dem Praetor bei der Sühnung der Körperverletzungen vorschwebte. Denn wenn er auch durch die allgemeine Verheissung des generellen Ediktes zu durchaus freier, rechtsschöpferischer Tätigkeit berechtigt war, so übte er diese doch nicht ohne jede Norm, rein willkürlich aus, sondern nach festen in der Ueberlieferung wurzelnden Regeln. Die in Coll. II. 6. 4. überlieferte Formel[15]), die auf den Fall eines Faustschlages ins Gesicht abgestellt ist, kann bei der durchaus exemplifikatorischen Fassung für die Bestimmung jener Norm nicht ausschliesslich in Betracht kommen. Es lässt sich jedoch mit annähernd voller Sicherheit erweisen, dass es das Verbot des in der lex Cornelia erwähnten pulsare et verberare l. 5 pr. D. h. t. war, welches

---

13) Jhering, Geist II 1 S. 173 ff.

14) Zwei andere Gründe, die Voigt l. c. anführt, sind für sich selbst nicht erheblich: 1. Dass die XII Tafeln „den Erfolg des tätlichen Angriffs: die Verletzung der körperlichen Integrität ebenso als wesentlichen Tatbestand des Deliktes setzen, wie bei der Strafzumessung als auszugleichende Schädigung in Ansatz bringen“, ist der Sachbeschädigung nicht ausschliesslich eigentümlich und für das Wesen des Deliktes überhaupt nicht ausschlaggebend, da dieses doch nicht von der zufällig mehr die Tätigkeit oder den Erfolg betonenden sprachlichen Bezeichnung, sondern von der Natur des Angriffes und seines Objektes abhängt. 2. Voigts letzter Grund endlich die Unentbehrlichkeit der nur für Sachbeschädigung beglaubigten Noxa-Anlage würde nicht blos gegen die Auffassung der membri ruptio und ossis fractio als Injurie, sondern gegen die Anerkennung der Selbständigkeit der Injurie im XII Tafelrecht überhaupt sprechen, was sich mit den „si iniuriam faxsit“ nicht verträgt. Denn auch für diesen Satz ist eine Noxalklage für die Zeit der XII Tafeln nicht überliefert.

15) Quod Auli Ageri mala pugno percussa est (Krüger).

dem Praetor auch bei Zulassung der Klage aus dem generellen Edikte im Allgemeinen vorschwebte. Ich glaube hiefür drei Gründe anführen zu können. Zunächst *Paulus* S. R. V. 4. 6: iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est und § 8: mixto iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur. Ein Teil der Injurienklagen beruht auf Gesetzesrecht, ein anderer auf Gewohnheitsrecht, eine dritte Gruppe, nämlich die Klagen aus der lex Cornelia auf Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zugleich. Wie ist nun dieses Hervorgehen der Injurienklage nach der lex Cornelia aus einer doppelten Rechtsquelle zu verstehen? Man könnte Paulus dahin auffassen wollen, dass die lex Cornelia bestehendes Gewohnheitsrecht schlechthin kodifiziert hätte. Aber von allen anderen Gründen hiegegen abgesehen, wäre diese Auffassung mit dem Ausdruck mixto iure unverträglich. Dieser besagt vielmehr, dass verschiedenen Bestandteilen der als Ganzes gedachten „actio introducta" verschiedene Rechtsquellen zu Grunde liegen. Als solche mögliche Bestandteile einer Klage aber erscheinen uns 1. die Festsetzung des Tatbestandes derjenigen Injurien, für welche die Klage eingeführt wurde, 2. die Vorschriften über das Verfahren, 3. die Normierung des Strafanspruches nach seinem Inhalt. Nun sind uns als von dem Ediktsrechte abweichende Bestimmungen der lex Cornelia gerade solche über das Verfahren und die Bemessung der Geldbusse überliefert[16]. So bleibt denn für den Anteil, welchen die mores an der durch die lex eingeführten Klage hatten, der Tatbestand selbst übrig, so dass das Verbot des pulsare et verberare sich als die alte gewohnheitsrechtliche Norm gegen Körperverletzungen ergibt, welche der Anwendung des edictum generale nach dieser Richtung zu Grunde lag. Dieses Resultat findet eine weitere Stütze in *Ulpians* Worten l. 5 pr. D. h. t.: apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fit, lege Cornelia contineri. Da man vom Hausfriedensbruch nicht sagen kann, dass er manu fit, so beziehen sich diese Worte offenbar auf die Körperverletzungen, deren gesamten als Iniuria strafbaren Umkreis sie durch das pulsare et verberare für

[16]) l. 5 pr. D. h. t. Zusammensetzuug des Gerichtshofes, l. 5 § 6 D. h. t. eigenes Klagerecht des filius familias mit Ausschluss der mittelbaren Klage des Vaters, l. 5 § 7 D. h. t. Eideszuschiebung in iure, l. 37 § 1 D. h. t. per arg. e contr. die das Gericht bindende Schätzung der Busssumme durch den Kläger.

erschöpft erklären. Endlich aber wäre gar nicht einzusehen, warum unter allen Körperverletzungen nur das pulsare et verberare die strengere Behandlung nach der lex Cornelia verdient hätte. Was dem im pulsare enthaltenen Fall des schmerzlosen, leichten Schlages recht war, musste allen schwereren Fällen billig sein. Es muss demnach das pulsare et verberare auch das Gesamtgebiet der nach dem Edikte strafbaren Körperverletzungen umfassen.

Der Umfang des durch pulsare et verberare bezeichneten Tatbestandes steht unmissverständlich fest[17]). Es sind dies diejenigen Handlungen, in welchen der Täter durch Kraftäusserungen seines Körpers diesen oder einen von ihm in Bewegung gesetzten Gegenstand (Werkzeug) gegen den Körper des Angegriffenen wirken lässt. Es muss noch zwischen dem gewöhnlichen und dem technischen Sinne der beiden Worte unterschieden werden. Ihrem genauen Wortsinn nach[18]) umfassen sie nicht einmal alle Handlungen des bezeichneten Typus. Den Schwertstreich und den Steinwurf kann man kaum als verberare oder pulsare bezeichnen. In technischer Bedeutuug aber[19]), haben sie die Beschränkung auf gewisse Begehungsmittel unter Ausschluss anderer abgelegt. Das von ihnen umspannte Gebiet reicht nach Ofilius l. 6 § 1 D. h. t. soweit wie das caedere, welches die Verletzung mit der Stoss- und Hiebwaffe und den Steinwurf in sich schliesst[20]). Der geringe Umfang des in dieser Weise abgesteckten Gebietes im Vergleiche zu dem grossen Kreise der möglichen Körperverletzungen überhaupt darf uns nicht überraschen. Das pulsare

[17]) Der Unterschied zwischen verberare u. pulsare interessiert uns nicht, da der Gesamtumfang beider jedenfalls feststeht und an die Unterscheidung Rechtsfolgen nirgends geknüpft werden. Nach l. 15 §§ 34, 40 D. h. t. ist am wahrscheinlichsten, dass verberare das Schlagen mit Werkzeugen, pulsare mit der blossen Hand oder Faust bedeutete. Die davon abweichende Unterscheidung des Ofilius l. 5 § 1 D. h. t. ist für die Feststellung der unteren Grenze des Gesamtumfanges des pulsare et verberare interessaut. Die beiden Verben sind einzeln, besonders aber in ihrer Verbindung, technisch für die Bezeichnung der Körperverletzung. cf. Duker, Die latinitate iurisconsultorum veterum 1711. c. 47.

[18]) Nach Georges.

[19]) Mommsen, Str.-R., S. 791. N. 2. u. dazu noch Cic. Verr. III. 66, V. 142.

[20]) Saxis caesa l. 27 D. h. t., Cic. pro Milone 29. illi . . . . . . gladiis eductis . . . . . . caedere incipiunt, 91. caedi vidisti populum Romanum, contionem gladiis disturbari. Qu. Curt. Rufus IX. 6. 33. ferro caedere. Ovid. ex. Pont. III. 2. 58. ense caedere.

und verberare steht auch heute noch, wenn wir an Körperverletzungen denken, im Vordergrunde unseres Bewusstseins. Noch der Code Pénal umschreibt in Art. 309 unter der Ueberschrift actes de violences die Körperverletzung mit blessures et coups und wenn das preussische Strafgesetzbuch vom 14. 4. 1851 das Schlagen und Stossen den „anderen“ Misshandlungen und Verletzungen des Körpers gegenüberstellt, so gibt es gleichfalls zu erkennen, dass das pulsare et verberare eine besonders in die Augen springende Gruppe von Handlungen ist, die gewissermassen den Stamm der Körperverletzungen ausmacht. In der Tat drängt sich uns, wenn wir nach einem anschaulichen Bilde dieser Handlungen suchen, (und das ist ja das Charakteristische naiver Rechtsbildung), gerade das Gesichtsbild der unmittelbaren, feindlichen Einwirkung von Körper zu Körper auf, während die Vereinigung der äusserlich verschiedensten Verletzungshandlungen unter dem Gesichtspunkte der Störung der Integrität des Körpers das Kind einer vorgeschrittene Abstraktionsfähigkeit voraussetzenden Reflexion ist. Für den Schutz der Person aber ergaben sich in Rom aus der Enge der auf das pulsare et verberare beschränkten Norm Unzuträglichkeiten nicht. Denn einmal war der Praetor auf Grund der Verheissung des allgemeinen Ediktes jederzeit berechtigt auch andere Fälle der Körperverletzung der Sühne zuzuführen. Sodann aber bestanden für die hauptsächlich in Betracht kommenden Fälle schwerer körperlicher Beschädigung durch andere Mittel als Stoss und Schlag besondere Rechtsvorschriften (für die Beschädigung der Gesundheit durch chemische Einwirkungen l. 3 §§ 2. 3 D. 48. 8, für Kastration l. 4 § 2, l. 5. 6. 11. pr. D. l. c.).

Innerhalb des durch das pulsare et verberare bezeichneten Kreises unterlag aber jede Antastung des fremden Körpers der actio iniuriarum ohne Rücksicht auf die Schwere des Erfolges[21]). Alle Grade von dem leichten schmerzlosen Streich bis zur lebensgefährlichen Verletzung werden von dem Tatbestand umfasst l. 5 § 1 D. h. t.

---

[21]) Wie sehr auch bei den schwersten Verletzungen die Anstrengung der Injurienklage im Bereiche der denkbaren Möglichkeit lag, zeigen. ohne einen Beweis für die wirkliche Anwendung der Klage in diesen Fällen zu liefern: Terent. Phormio 827—329 und Seneca (pater) l. X. 1. N. 33. § 13.

Nach oben allerdings erlitt das Anwendungsgebiet der Klage im Laufe der Zeit eine freilich mehr tatsächliche Einschränkung zu Gunsten der lex Cornelia de sicariis. Man empfand offenbar auch in Rom die ausserordentliche Schwierigkeit, im Falle schwerer Angriffe auf den Körper, die häufig vorhandene aber verborgene subjektive Richtung gegen das Leben des Angegriffenen zu beweisen. *Hadrian* half der Praxis durch ein Rescript (l. 1 § 3 D. 47. 8. und Coll. 1. 6. 1.), in welchem er sie auf die Qualität des angewendeten Werkzeuges als Indiz für die Tötungsabsicht hinweist. Bei Gebrauch eines Schwertes oder einer anderen Waffe dürfe diese Absicht unzweifelhaft angenommen werden. Selbst wenn man nun dieses Rescript nicht gerade im Sinne einer unwiderleglichen Rechtsvermutung auslegt, so ist doch sicher, dass der kaiserliche Entscheid auf die Tendenz der Praxis von grossem Einfluss sein musste, so dass die Körperverletzungen mit lebensgefährlichen Werkzeugen wohl später kaum anders als nach der lex Cornelia de sicariis behandelt wurden.

Den entgegengesetzten Pol bildet das Schlagen ohne Verursachung körperlicher Schmerzen, das nach Ofilius l. 5 § 1 D. h. t. gleichfalls noch unter das pulsare fällt und die untere Grenze der mit unserer Klage verfolgbaren Antastungen des Körpers bildet.

Aus dem von diesen beiden Grenzen umspannten Gebiete hebt sich als eine rechtlich in einigen Beziehungen relevante Klasse die der schweren Körperverletzungen (atroces) hervor. Sie interessiert uns hier nur insoweit, als die Schwere der Verletzung in der Art des Angriffes auf den Körper selber ihren Grund hat. Als iniuria atrox durch das Mittel des Angriffes ist insbesondere das verberare überliefert, welches stets Anwendung eines Instrumentes vorauszusetzen scheint (cf. l. 15 § 34 und § 41 D. h. t.), Coll. II. 2, Gai. III. 225. Ferner das fustibus caedere, das Schlagen mit Knütteln, Prügeln, dicken Stöcken, Gai. III. 225, das flagris oder verberibus caedere, das ist das Geisseln und Auspeitschen l. 7 § 2 D. h. t. Durch den **Erfolg** qualifizierten sich als schwere Injurien 1. die Beschädigung eines Knochens: os percussum l. 7 § 8 D. h. t., 2. die Verwundung überhaupt, die man mit Rücksicht auf die Gegenüberstellung in l. 7 § 8 D. h. t. auch als Fleischwunde bezeichnen könnte. Sie wird teils an sich schon zu den atroces gezählt, teils wiederum

unter besonderen Voraussetzungen, je nach der Bedeutung der Wunde oder des betroffenen Gliedes. Das erstere geschieht in Coll. II. 2. und in l. 7 § 8 D. h. t. (beide von Ulpian), Gai. III. 225, das zweite in l. 8 D. h. t. (Paulus). Der scheinbare Widerspruch hebt sich aber zu Gunsten der zweiten Anschauung, wenn man berücksichtigt, dass auch Ulpian an anderen Orten zwischen schwerer und leichter Verwundung unterscheidet (l. 7 § 2 D. h. t. vulneravit non mediocriter, l. 9 § 1 D. h. t. non atrociter), so dass man in den oben erwähnten Stellen eine Breviloquenz annehmen kann. Den schweren Verletzungen stehen dann alle übrigen als leichtere gegenüber (l. 7 § 2 D. h. t. leviter pulsaverit, l. 9 § 1 D. h. t. non atrociter). Eine technische Bezeichnung für diese leichtere Klasse fehlt. Insbesondere darf man sich durch l. 5 § 2 D. h. t. nicht verleiten lassen, eine solche im Worte pulsare zu sehen. Der Ausspruch des Ofilius besagt nur, dass in dem pulsare auch die leichtesten Verletzungen enthalten sind, in l. 9 § 2 D. h. t. aber wird pulsatio ohne Rücksicht auf die Schwere von beiden Klassen gebraucht.

Andere Unterscheidungen innerhalb des Gebietes der Angriffe auf den Körper als die erwähnten kennen die Quellen nicht. Insbesondere ist ihnen innerhalb dieser Angriffe eine besondere Gruppe von Realinjurien, sei es als leichterer Angriffe ohne Verletzung der Gesundheit, sei es als Handlungen, die zugleich dem symbolischen Ausdrucke eines absprechenden Urteils über die Persönlichkeit dienen, gänzlich unbekannt. Die Behauptung, dass pulsare und verberare technischer Ausdruck für die Realinjurie im ersteren Sinne gewesen seien[22], ist durch unsere Ausführungen über den besonderen technischen Sinn dieser Worte bereits widerlegt. Die ehrverletzende Qualität gewisser Körperangriffe war den Römern durchaus geläufig (l. 16 § 6 D. 48. 19), ohne dass sie Anlass genommen hätten, eine unter diesem Gesichtspunkt stehende, zu allen anderen Körperverletzungen in Gegensatz tretende Kategorie aufzustellen. Die römische Iniuria geschieht re „quotiens, manus inferuntur“ l. 1 § 1 D. h. t., das heisst: nicht nur im Falle der Körperverletzung, aber in diesem Falle immer.

---

[22]) Mommsen, Str.-R. S. 790. 791.

Zumeist[23]) wird die selbständige Existenz eines abstrakten Tatbestandes der Körperverletzung für das römische Recht geleugnet. Man behauptet, dass es sich hier um eine nur durch das konkrete Tatbestandsmerkmal des körperlichen Angriffs zusammengefasste Gruppe von Uebertretungen der Norm gegen die Ehrverletzung handelt. Soweit bei der Widerlegung das allgemeine Verhältnis des Grundgedankens der Injurienfamilie zu den einzelnen Delikten in Betracht kommen würde, kann sie hier noch nicht gegeben werden. Dagegen lässt sich schon jetzt nachweisen, dass die erwähnte Theorie jedenfalls dann falsch ist, wenn man unter Ehrverletzung etwas unserer Beleidigung Entsprechendes verstehen wollte.

Die Körperverletzung soll nach jener Ansicht der Injurienklage nur unterstanden haben, soweit sie oder weil sie den Tatbestand der Ehrverletzung erfüllte.

Man stützte sich dabei hauptsächlich auf Quellenaussprüche, welche verlangen, dass die Verletzung iniuriae gratia, faciendae causa geschehe, etwa l. 5 § 3 D. 9. 2, l. 13 § 4 D. 19. 2, l. 16 § 2 D. 48. 19. Indem man hier iniuria mit Ehrverletzung übersetzte, ergab sich die Richtung gegen die Ehre als das die Zugehörigkeit der Körperverletzung zur a° iniuriarum begründende Moment. Im Vorurteil der Aequivalenz von Iniuria und Ehrenbeleidigung befangen, las man aus diesen Stellen heraus, was man in sie hineingetragen hatte. Bei unbefangener Betrachtung ist für die Bestimmung der Bedeutung des iniuriae gratia in jenen Stellen kein anderer Anhalt gegeben, als dass es das gerade Gegenteil des emendationis, monendi et docendi, praecipiendi causa ist. Nun besteht das Wesen der letzt erwähnten Fälle in der Absicht der Rechtsausübung und nicht darin, dass der Züchtigende dem Geschlagenen keine Verachtung ausdrückt, was im Gegenteil ein wirksames paedagogisches Hilfsmittel sein kann. Muss nun der Sinn des iniuriae faciendae gratia nach Massgabe dieser Stellen durch den Gegensatz zu jenen Fällen bestimmt

[23]) So die gesamte Literatur mit solcher Uebereinstimmung, dass Citate überflüssig sind. Ich verweise hier nur auf Liszt, Lehrbuch, 13. Aufl., S. 314 und auf Spezialliteratur: Schmid L. M., De crimine laesae sanitatis 1835, S. 14, 15, 23–28, Günther, Körperverletzung, S. 9, 13, 21, 22, 27; Scheitlin, Körperverletzung, S. 4, 7, 8, 11.

werden, so kann sein Wesen nicht in dem auch dort möglichen Ausdruck der Verachtung, sondern nur in der dort immer und wesentlich fehlenden rechtswidrigen Absicht liegen. Abgesehen von der subjektiven Rechtswidrigkeit ist die objektive oder subjektive Seite des Vergehens der iniuria selbst in den Stellen nicht erörtert, sondern vorausgesetzt. Sie enthalten daher für das Erfordernis eines Vorsatzes der Ehrverletzung (und einer Aeusserung desselben) als Beschränkung oder Attribut der für die Injurienklage erheblichen Körperverletzung nichts.

Im Uebrigen kann die behauptete Abhängigkeit der Körperverletzung von der Ehrenbeleidigung einen doppelten Sinn haben. Entweder war nach römischer Sitte und in Abweichung von heutigen Anschauungen jede Körperverletzung Ausdruckshandlung der Verachtung, so dass das gesamte Gebiet dieser Handlungen ohne weiteres der Norm gegen die Ehrverletzung unterfiel. Oder es waren Injurien nur diejenigen Körperverletzungen, welche iniuriae gratia, in der Absicht zu beleidigen, geschahen, während alle anderen aus dem Gebiet der Injurienkategorie herausfielen. Eine dritte Möglichkeit sehe ich nicht, sofern man mit dem Ausdrucke Ehrverletzung überhaupt etwas Bestimmtes meint.

Beide Anschauungen stehen mit den Tatsachen in Widerspruch.

Dass sich die zweiterwähnte nicht auf die Stellen stützen kann, in denen von dem animus iniuriandi (iniuriae gratia etc.) gesprochen ist, haben wir oben gesehen. Sie entspricht aber auch sonst nicht dem Inhalt der Quellen. Die Absicht gegen die Ehre muss unerheblich bleiben, solange sie im Innern des Täters verborgen bleibt. Nach aussen aber kann sie nur in solchen Handlungen hervortreten, welche im Verkehre der Menschen als bestimmungsgemässe Ausdrucksmittel eines absprechenden Urteils über Andere in Betracht kommen. Es dürften also nur diejenigen Körperverletzungen Injurien sein, deren Ausführungshandlung zugleich ein solches Urteil zum Ausdruck bringt. Die Quellen lehren aber das Gegenteil. Sie strafen als Injurien auch solche Handlungen (die Zufügung einer schweren Wunde, den Bruch eines Knochens, das Ausschlagen eines Auges l. 7 § 8 D. h. t.), denen jede symbolische Beziehung auf einen den Wert des Verletzten verkleinernden Gedankeninhalt vollständig abgeht, wenn man den Massstab unserer Verkehrsauffassung anlegt.

der a° utilis zurechtgeschnitten wird. Dies ist hier der Tatbestand der Klage wegen pulsare et verberare. Durch Abzug der Vollendung des Schlages, durch Hinzufügung der Häufigkeit des Ausholens und des Schreckens wird er zum Tatbestande der in der gemeinrechtlichen Literatur sogenannten admenatio umgestaltet[28]). Die Anlehnung einer neuen Klage an die actio wegen Körperverletzung beweist aber aufs neue die Selbständigkeit der die letztere betreffenden Norm im Injuriengebiete.

Es fragt sich dann aber weiter, worauf beruht die innere Verwandschaft, was ist das die Anlehnung begründende Moment? Es wäre falsch, die Aehnlichkeit in dem Versuche, in der teilweisen Verwirklichung einer Körperverletzung zu sehen[29]), da nichts in der Stelle dafür spricht, dass das Ausholen zum Schlage mit der zurückgenommenen, vereitelten, misslungenen Absicht zu treffen, verbunden war. Die Analogie beruht vielmehr zunächst gewiss in der Aehnlichkeit des äusseren, sinnlichen Wahrnehmungsbildes der beiden Handlungstypen. Es weist aber vor allem das saepe perterritus quasi vapulaturus auf eine Verwandtschaft der inneren psychischen Wirkung im Angegriffenen hin. Die gegen mich in feindlicher Absicht erhobene Hand muss in mir die Vorstellung des Schlages und der ihm folgenden Schmerzempfindung hervorrufen. Je eindringlicher die Geste meines Gegners ist, je mehr alle Gegenvorstellungen der Abwehr oder der Ueberwindung des Angreifers durch die Entmutigung gelähmt werden, um so sicherer und bestimmter werde ich Schlag und Schmerz erwarten. Je grösser aber meine Erwartung ist und je weniger Zeit sie in meiner Vorstellung von der erwarteten unmittelbaren Schmerzempfindung trennt, um so ähnlicher wird sie sich dieser selbst gestalten. Es ist experimentell festgestellt, dass man in Fällen, wo die volle Aufmerksamkeit auf eine bevorstehende Empfindung gerichtet ist, diese Empfindung selbst subjektiv vor Eintritt des

---

[28]) Die gemeinrechtliche Wissenschaft abstrahierte hauptsächlich aus l. 15 § 1 D. h. t. und den germanischen Vorschriften über das Schwertzücken (Brunner, R.-Gesch. I. 47. II. 561) ein Delikt der admenatio, dessen Wesen man in der Drohung sah. Tabor, de admenatione 1688, auch in den Tractatus Joh. Ott. Taboris, Lips. Gleditsch, 1678. Von ihm inhaltlich, zum Teil aber auch dem Wortlaute nach abhängig, Christ, De admenatione Diss. 1779; Müller, De admenatione, Diss. 1711.

[29]) Klenze, Lehrbuch d. Str.-R., 1833. S. 131.

physiologischen Reizes haben kann. Wir brauchen aber nicht auf diese halluzinatorischen Erscheinungen zurückzugreifen, um zu wissen, die unmittelbare Erwartung eines Schmerzes unter besonderen die Aufmerksamkeit steigernden Bedingungen, wie grosse Furcht, uns einen Vorgeschmack der Empfindung geben kann, welcher an Eindringlichkeit und Lebendigkeit ihr selbst sehr nahe kommt. Es ist diese Aehnlichbkeit des gewissermassen antizipierten Schmerzgefühls mit der durch die Verletzung selbst hervorgerufenen Empfindung, welche in der Analogie des Falles der l. 15 § 1 D. h. t. zur Körperverletzung zum Ausdruck gelangt[30]) [31]).

§ 14.

2.

Beleidigung.

Die Norm wider die Ehrenbeleidigung in unserem Sinne zeitigte in Rom drei Verbote: das Verbot des convicium, das ne quid infamandi causa fiat und das Verbot des Schimpfens schlechthin. Die beiden ersten sind in besonderen prätorischen Edikten niedergelegt. Das letzte ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber es weisen einzelne Entscheidungen der Quellen auf seine Existenz hin.

I.

Das convicium.

Der Wortlaut des hierauf bezüglichen prätorischen Ediktes ist in l. 15 § 2 D. h. t. überliefert:

Ait praetor: „qui adversus bonos mores convicium cui

---

[30]) Uebereinstimmend mit Landsberg S. 44.

[31]) Andere Erklärungsversuche:

1. als symbolische Ehrverletzung, was doch nur unter der im Fragment nicht erwähnten Bedingung zutreffen kann, dass der Schlag, zu dem ausgeholt wurde, symbolische Beleidigung war, z. B. ein Schlag mit der Peitsche. Weber I. 159, Zachariae, Lehre vom Versuch I. 141. 142, Ziegler Obss. iur. crim. 1838 S. 13 not. 27. Zachariae nimmt die Beziehung auf Nasenstieber oder Ohrfeigen, also symbolische Beleidigungen willkürlich an. 2. John im Arch. des Krim.-R. N. F. 1854 S. 94, der die Störung des Gefühls der Sicherheit und Freiheit für das Wesentliche ansieht, ohne die Analogie zur Körperverletzung zu berücksichtigen.

fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adverbus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo".

Bezeichnend ist, dass *Labeo* es für nötig hält, ausdrücklich festzustellen, dass das convicium zu den Injurien gehöre, l. 15 § 3 D. h. t. und dass die aktive und passive Verbindlichkeit für die „iniuriarum quae ex convicio nascitur actio" ausdrücklich hervorgehoben wird. Es ist dies ein Beweis für eine weitgehende Selbstständigkeit der einzelnen Delikte der Injurienfamilie.

Der Tatbestand selbst ist die mit Geschrei verbundene Beschimpfung Jemandes vor einer Menschenmenge. Die Handlung muss sich erkennbar gegen eine bestimmte Person richten l. 15 § 9 D. h. t. Es ist aber nicht nötig, dass sie bei persönlicher Anwesenheit des Angegriffenen stattfindet, vielmehr kann auch die Veranstaltung des Auftrittes vor dem Hause oder dem Geschäftslokale die Beziehung der Beschimpfung auf den Bewohner oder Inhaber zum Ausdruck bringen l. 15 § 7 D. h. t. Inhaltlich ist das convicium zunächst jedenfalls eine dem Angegriffenen feindliche Kundgebung. Ovationen fielen nicht unter den Begriff, sondern nur solche Auftritte, bei welchen in dem feindseligen, höhnischen, ausfälligen, verachtungsvollen Behaben der Angreifer in Haltung und Geberde, in Ton und der Lautheit der Stimme, Hass und Missachtung gegen den Angegriffenen zum Ausdruck kommt und den Umstehenden sich mitteilt (ad infamiam vel invidiam alicuius spectaret). In der Regel wird mit der Veranstaltung des Skandals selber eine spezielle Aeusserung der Missachtung durch Worte oder symbolische Handlungen Hand in Hand gehen. Der Angreifer wird dem Angegriffenen laut einen bestimmten Vorwurf oder ein allgemeines Schimpfwort an den Kopf werfen (maledictum, obscaenum nomen l. 15 § 12 D. h. t., *Paul.* Sent. V. 4. 20) oder seine Missachtung durch eine symbolische Handlung zum Ausdruck bringen: (inferiore parte corporis nudatus insectatus Paul. Sent. V. 4. 20). Wesentlich ist endlich die mit Geschrei (vociferatio l. 15 §§ 8. 11. 12 D. h. t.) verbundene Begehung vor einer Menschenmenge (in coetu l. 15 § 12 D. h. t.). Dagegen ist nicht nötig, dass mehrere zusammen beschimpfende Aeusserungen getan haben l. 15 § 12 D. h. t. Es genügt, wenn die Beschimpfung in einem Menschenauflauf Resonanz gefunden hat und an der Parteinahme, dem Schreien für und wider wird

es bei dem lebhaften Temperamente der Südländer wohl selten gefehlt haben[1]).

Es wäre nun gewiss falsch das Wesen des convicium ausschlieslich in der bei dem Skandal unterlaufenden speziellen Aeusserung der Missachtung, dem Vorwurf oder Schimpfwort, sehen zu wollen. Vielmehr müssen wir den Akt in seiner Gesamtheit würdigen. Ohne Zwang können wir zunächst drei Kriterien der Ehrenbeleidigung überhaupt auch in der Handlung als Gesamtakt finden. Auf Seiten des Täters ist der Skandal, zu dessen Gegenstand er den Angegriffenen macht, schon als Gesamthandlung und ohne Rücksicht auf die hierbei etwa geäusserten Worte und besonderen Zeichen der Missachtung ein Ausdrucksmittel für die Verachtung, die er dem Angegriffenen entgegenbringt. Diese wiederum teilt sich dem Publikum als Erniedrigung des Opfers mit. In der Seele des Letzteren endlich wird die Missachtung des Täters und Erniedrigung in den Augen Dritter als Kränkung des Ehrgefühls reflektiert. Was das convicium von der gewöhnlichen Ehrenkränkung unterscheidet, ist die der Eigenart des Ausdrucksmittels entsprechende ganz besondere Unmittelbarkeit und Grösse der Wirkung jener Momente. Die Form des Angriffs, der durch die Zusammenrottung und das lebendige Hin und Her der Menge dem Gesichtssinn besonders sich einprägt, durch das laute Durcheinanderschreien besonders stark auf das Gehör wirkt, sichert der Kundgebung einen ganz besonders eindringlichen und nachhaltigen Eindruck auf das Publikum. Ist der Angegriffene gegenwärtig, so wird er durch das stürmische Auftreten des Täters oder die Voreingenommenheit der Menge an jeder Gegenwehr gehindert; er sieht sich der Verachtung der Umstehenden wehrlos preisgegeben und dies muss das Gefühl der Demütigung in ihm ganz besonders steigern und verschärfen.

Wenn nun sein seelisches Gleichgewicht hierdurch gestört wird und wenn seine Demütigung auch äusserlich in Haltung und Geberdespiel, in dem Versuche sich durch die Flucht dem Skandal zu entziehen zum Ausdruck kommt, so liegt darin eine häufige Nebenwirkung des Tatbestandes des convicium, aber nicht

[1]) Dagegen fällt die etwa mit erhobener Stimme und in grossem Kreise gesprochene Weissagung mit beleidigendem Inhalt nicht in den Typus des convicium. l. 15 § 13 D. h. t.

sein Wesen[2]). Ein Anspruch gegen Jedermann sich so zu verhalten, dass ich vor dem Publikum niemals in Erregung gerate, ist ein Unding. Schützt mich das Recht gegen eine Verletzung, so schützt es mich damit auch gegen die daraus entspringende Erregung, den körperlichen Ausdruck, den ich ihr nach Aussen gebe und den Reflex meines Behabens in den Augen Dritter. Gegen das besondere Rechtsgut des äusserlich würdigen Auftretens werden wir uns später noch mehrmals wenden müssen[3]). Das Wesen des convicium liegt aber in der Ehrverletzung und der ihr entsprechenden Erregung, nicht in der Erzeugung einer beliebigen nach Aussen hervortretenden Störung des seelischen Gleichgewichtes. Das geht unzweifelhaft aus dem ad invidiam, infamiam spectare der l. 15 § 15 D. h. t. und aus Festus s. v. occentare: quod turpe habetur, quia non sine causa fieri putabatur, endlich aber auch daraus hervor, dass von einer Beeinträchtigung der äusseren Würde des Auftretens doch nur im Falle persönlicher Anwesenheit des Verletzten die Rede sein kann, während diese für das Delikt nicht begriffsnotwendig ist l. 15 § 7 D. h. t.

Dasselbe ist von der Betonung der störenden Einwirkung auf das Gehör zu sagen (Aut. ad Her. IV. 25. 35). Auch sie kann fehlen, wenn der Angegriffene abwesend ist, und bildete den Tatbestand nicht für sich, sondern in Verbindung mit dem ehrverletzenden Verhalten. Wenn Ulpian l. 9 pr. D. h. t. und *Theophilus* in der Institutionenparaphrase das convicium zu den iniuriae re illatae zählen, so steht auch dies zu dem oben aus l. 15 §§ 2 bis 14 D. h. t. entwickelten Wesen des Deliktes in keinerlei Widerspruch. Es sollte eben damit betont werden, dass es sich hier nicht um die einfache Aeusserung der Missachtung handelte, sondern um eine durch besondere, vielleicht umfängliche Veranstaltungen, Zusammenrottung, Geschrei etc. charakterisierte Spezies derselben.

Man hat endlich noch eingewendet[4]), dass die Scheidung einer Beleidigung mit Geschrei von einer solchen ohne Geschrei und Zusammenrottung vom Standpunkte der Ehrenbeleidigung aus unlogisch wäre. Aber der volkstümliche Gesetzgeber bildet seine

---

[2]) Maschke S. 44, 45.

[3]) Vergleiche unten § 16 und § 22.

[4]) Maschke, Seite 44.

Verbrechensbegriffe nicht am grünen Tische, durch architektonisch wohlgefällige Spaltung allgemeiner Kategorien, vielmehr entnimmt er seine Deliktstypen den Handlungstypen des Lebens. Vergegenwärtigt man sich aber die Bedeutung, welche das Strassenleben südlicher Länder für die Oeffentlichkeit des dortigen Lebens überhaupt besitzt, so wird man verstehen, dass der beschimpfende Skandal auf der Strasse seiner Häufigkeit und besonderen Auffälligkeit wegen der Regelung in einem besonderen praetorischen Gesetzgebungsakte für würdig befunden wurde.

II.

Die Infamation.

Das besondere praetorische Edikt lautete nach l. 15 § 25:

ne quid infamandi causa fiat, si quis adversus ea fecerit, prout qaeque res erit, animadvertam[5]).

Hierzu ist in Coll. II. 6. 5. eine Musterformel überliefert, die korrekt folgendermassen zu lesen ist:

Quod Ns Ns illi libellum misit auli agerii infamandi causa[6]).

„fiat"

Unter das fiat fällt jede Handlung, welche geeignet ist, ein Urteil über den Persönlichkeitstatbestand (einzelne Tatsachen, Charaktereigenschaften, Gesamttatbestand) hervorzurufen, das die Wertung der Persönlichkeit ungünstig beeinflussen kann.

Das werden meistens solche Handlungen sein, durch welche der Täter ein Urteil selbst unmittelbar zum Ausdruck bringt. Es kann dies geschehen durch mündliche Verlautbarung (dixerit, cantet l. 15 § 27 D. h. t., maledictum l. 15 § 12 D. h. t.) oder durch Verfassung oder Verbreitung schriftlicher Beschuldigungen (carmen conscribat vel proponat l. 15 § 27 D. h. t., libello dato l. 15 § 29 D. h. t., Coll. V. 6. 5). Eine grosse Rolle spielten in Rom auch symbolische Handlungen, die verkehrsübliches Ausdrucksmittel nicht nur der Verachtung überhaupt, sondern auch für ganz bestimmte Vorwürfe waren. So konnte man sich die Sitte, dass Freunde von Personen, denen ein Strafurteil bevorstand,

5) Nach seiner Form: direkte Aufstellung der Rechtsnorm, gesonderte Hinzufügung der Sanktion, ist es älter, als die anderen Spezialdelikte. Dernburg, Festgaben für A. W. Heffter, S. 106, 110, 126.

6) Lenel in Sav. Zeitschrift, Neue Folge 20. 1899. S. 31. 32.

öffentlich in vernachlässigter Kleidung mit ungeschorenem Bart- und Haupthaar erschienen[7]) zu Nutze machen, um einen Unschuldigen in den Verdacht einer strafbaren Handlung zu bringen. l. 15 § 27. l. 39 D. h. t. Auch die Sitte zur Sicherheit vor Verfolgung zum Göttertempel oder der Kaiserstatue zu fliehen oder ein Bild des Kaisers mit sich zu tragen[8]) konnte zum Ausdruck ungerechter Beschuldigungen missbraucht werden. Dieser Missbrauch wurde mehrfach ausdrücklich verboten und extra ordinem bestraft, wobei jedoch der materielle Zusammenhang mit dem Injurienrechte des Infamationsediktes ausdrücklich betont blieb[9]).

Allen erwähnten Begehungsformen ist gemeinsam, dass das Urteil durch die Handlung zum unmittelbaren Ausdruck gelangte. Die ausserdentlich weite Fassung des fiat aber bewährt sich ganz besonders an zwei Handlungsgruppen. Zunächst an denjenigen Handlungen, welche ohne sprachliches oder sonstiges Symbol für einen Gedankeninhalt zu sein, seine Vollziehung durch den Handelnden doch so notwendig voraussetzen, dass ihre Vornahme diesen Inhalt sofort in anderen erzeugt (konkludente Handlungen). Die zweite Gruppe bilden diejenigen Handlungen, wo die Infamation Wirkung nicht unmittelbar der Aeusserung selbst, sondern erst eines weiteren Gliedes der von ihr angestossenen Kausalkette ist.

Zur ersten Gruppe gehört die Beleidigung des vom in ius vocans gestellten Bürgen durch Verweigerung seiner Annahme, die dem Hauptschuldner durch Mahnung des Bürgen zugefügte Injurie und die Beleidigung durch fingierten Pfandverkauf. Um den ersten Fall (l. 5 § 1 D. 2. 8) zu verstehen, müssen wir den Unterschied zwischen der heutigen und der römischen Wertung der Bürgschaft als Sicherungsmittel in Rechnung ziehen[10]). Die Ablehnung eines Bürgen wird heute im Allgemeinen für den Bürgen selbst nichts Beleidigendes haben, da sie sich in unserer die realen Sicherheiten vorziehenden Zeit immer durch die allgemeinen Bedenken gegen bloss persönliche Sicherheiten

[7]) Mommsen, Strafrecht S. 390, 391.

[8]) Friedländer, Sittengeschichte III. S. 209 f.

[9]) L. 38 D. h. t. in invidiam alterius, l. 5 D. 47. 11 für Sklaven und deren Anstifter ad infamandum dominum, l. 28 § 7 D. 48. 19 in iniuriam potius alterius quam sui defensionis gratia- in invidiam alterius. l. un. C. 1. 25: invidiam creare. Mommsen, Str.-R. S. 460.

[10]) Dernburg, Pandekten I. § 261.

rechtfertigen lässt. In Rom dagegen war die Personalkaution als solche so durchaus geläufig und beliebt, dass man die Ablehnung eines tauglichen Bürgen nicht auf eine allgemeine Abneigung gegen diese Form der Sicherheitsleistung zurückführen konnte, sondern darin eine Verdächtigung der Person des Bürgen selbst sah. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass diese Verdächtigung überall auch schon rechtswidrig war. Es weist vielmehr unsere Stelle darauf hin, dass diese Rechtswidrigkeit nur dort angenommen wurde, wo eine Verpflichtung zur Annahme des erwiesenermassen tauglichen Bürgen bestand. Wo dies nicht der Fall war, konnte wohl auch in Rom der Gläubiger der Injurienklage mit der Berufung auf die allgemeine Vertragsfreiheit begegnen. Von der Beleidigung des zahlungsbereiten Hauptschuldners durch eine an den Bürgen gerichtete Zahlungsaufforderung handelt l. 19 D. h. t. Das ist auf den ersten Blick verwunderlich, da nach klassischem Recht der Gläubiger doch die unbeschränkte Wahl hat, ob er den Bürgen oder den Hauptschuldner zuerst belangen will. Es könnte nun die Beleidigung begangen sein durch die der Zahlungsaufforderung begefügte wahrheitswidrige Begründung, dass Zahlung beim Hauptschuldner nicht zu erlangen sei Die Stelle spricht jedoch ganz allgemein von der Aufforderung und nicht von einer solchen Begründung. Sie lässt sich daher nur mit der Annahme einer allgemeinen und festeingewurzelten Gewohnheit verstehen, wonach die Vorausbelangung des Hauptschuldners faktisch die Regel bildete. Wandte der Gläubiger sich an den Bürgen allgemein erst in zweiter Linie, so begründete der Rückgriff auch die Annahme, dass er vom Hauptschuldner Zahlung nicht ohne weiteres oder überhaupt nicht erlangen konnte oder erlangen zu können glaubte. Der Pfandverkauf endlich (l. 15 § 32 D. h. t.) setzte, wenn vielleicht keine Mahnung, so doch jedenfalls Bekanntmachung an den Schuldner voraus, so dass seine Vollziehung den sicheren Schluss darauf zuliess, dass der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachgekommen war.

Ein Beispiel der oben erwähnten zweiten Handlungsgruppe ist die Infamation durch occupatio bonorum l. 15 § 31 D. h. t., die uns noch eingehender beschäftigen wird. Hier knüpft die Rufgefährdung nicht unmittelbar an die Aeusserung der den Antrag auf Immission begründenden Tatsachen vor dem Praetor,

sondern an diese erst durch Vermittelung des Immissionsdekretes, der Occupation und der Proscription an. Die Behauptung jener Tatsachen vor dem Praetor ist nur ein Moment in dem grösseren eigenartigen Handlungskomplexe, der erst in seiner Gesamtheit die besonders intensive Rufgefährdung auslöst.

Erwägt man, welche Schwierigkeiten es bereiten würde, die vorstehend erwähnten beiden Handlungsgruppen unter unser „behaupten“ und „verbreiten“ von Tatsachen ohne eine ausdehnende Interpretation dieser Worte dem § 186 des R.-Str.-G.-B. zu subsumieren, so leuchtet der in der praktischen Schmiegsamkeit bestehende Wert des Ausdruckes „fiat“ ohne weiteres ein.

„**infamandi** causa“

Das Angriffsobjekt wird durch das Wort fama und dessen Ableitungen bezeichnet. Seltener mit anderen Worten. Von opinio (maculata, imminuta) ist z. B. in l. 3 C. 9. 35, von Verletzung des Ehrgefühls (pudor) z. B. in l. 15 § 27 D. h. t. die Rede. Häufig ist auch der Ausdruck ad invidiam l. 38. 39 D. h. t., ohne dass sich feststellen liesse, ob damit auch solche Inhalte gemeint sind, welche den Betroffenen, ohne ihn nach den allgemein geltenden Werturteilen zu infamiren, doch dem Hasse Einzelner preisgaben. Mit diesen allgemeinen Ausdrücken ist aber noch nicht gesagt, welche Inhalte den rechtlich geschützten, werterheblichen Persönlichkeitstatbestand ausmachen. Das müssen wir den einzelnen Entscheidungen entnehmen. Im Vordergrund steht Wert und Unwert nach Massgabe des dem Recht und der Sittlichkeit entsprechenden schuldlosen oder schuldhaften Verhaltens, daneben nimmt einen sehr breiten Raum ein der wirtschaftliche Wert der Person, bei dessen Bemessung das Vermögen als Eigenschaft derselben betrachtet wird, endlich kommt auch der Wert in Betracht, der in der Zugehörigkeit zu einer rechtlichen und sozialen Menschenklasse beruht.

Betreffs der den sittlichen Wert begründenden oder vernichtenden Tatsachen unterscheidet Ulpian in einer der Inscription nach zum Injurienrecht gehörigen Stelle[11]) Handlungen, welche von Natur aus schimpflich sind und den sittlichen Wert der Person überhaupt vernichten, und solche, die es nur nach

[11]) l. 42 D. 50. 16 Ulpianus l. 57. ad Edictum.

positiven Gesetzen und den Gewohnheiten des Staates sind und darum mit dem allgemeinen sittlichen Werte der Person bestehen können. Zu den ersteren rechnet er Diebstahl und Ehebruch, zur zweiten Klasse (gewiss nur geringere) Verfehlungen gegen die Pflichten des Vormundes. Da aber die ganze Erörterung in der gleichmässigen Zugehörigkeit der beiden Gruppen zu dem gemeinsamen Oberbegriff des probrum et obprobrium gipfelt, so wird die Annahme zulässig sein, dass hier die Einrede eines Beklagten, es enthalte der Vorwurf der Uebertretung einer positiven Vorschrift noch keinerlei Infamation, zurückgewiesen und die Unerheblichkeit des Unterschiedes zwischen dem natura und dem civiliter Schimpflichen für das Injurienrecht festgestellt werden sollte.

Eine grosse Empfindlichkeit legen die Quellen für die Aeusserung aller auf die Kreditfähigkeit bezüglichen Tatsachen an den Tag. Das mag sich erklären aus der beim Zurücktreten realer Sicherheiten notwendig erhöhten Bedeutung des Personalkredits. Zwischen Zahlungswilligkeit und objektiver Zahlungsfähigkeit wird kein Unterschied gemacht. Im Falle der l. 5 § 1 D. 2. 8 wird man allerdings, da die Zahlungsfähigkeit des Bürgen als evident oder klar bewiesen vorausgesetzt ist, hauptsächlich an den versteckten Vorwurf des Fehlens der moralischen Garantien denken müssen (über diese vergleiche l. 17 § 1 D. 26. 2). In l. 31 § 5 D. 42. 5 ist dagegen ausdrücklich gesagt, dass auch die blosse Behauptung der Armut ohne den Vorwurf schuldhaften Verhaltens die Klage zu begründen vermag. Der Inhalt des in dem Dritten erzeugten Urteils kann des weiteren den Vermögensverfall oder sonstiges gänzliches Unvermögen überhaupt l. 15 § 31 D. h. t. und l. 31 § 5 D. 42. 5 oder auch nur die Nichtbezahlung einer einzelnen Schuld betreffen l. 15 § 32, l. 19 D. h. t. Endlich wird auch schon die blosse Andichtung eines Passivums als Injurie bezeichnet, wobei freilich aus den Erfordernissen des Infamationsediktes zu ergänzen ist, dass das Bestehen der Schuld, sei es wegen ihrer Höhe, sei es wegen ihres Entstehungsgrundes oder auch anderer Umstände wegen den Kredit oder den Ruf des Schuldners zu mindern geeignet war (l. 15 § 33 D. h. t.). Oder sollte die Empfindsamkeit der Römer in diesem Punkte soweit gegangen sein, dass man sich jede, auch

die geringste bewusste Fälschung des Urteils Anderer nicht nur über seinen sittlichen Persönlichkeitstatbestand, sondern auch über seine Vermögensverhältnisse verbitten konnte?

Als Fälschung des Urteils über den rechtlichen und sozialen Stand einer Person kommt in den Quellen die Bezeichnuug eines Freien als Sklaven vor l. 8. 10 C. h. t. In der zweiten Stelle wird die blosse Ehrenminderung durch Absprechung des Personenstandes scharf geschieden von der vindicatio in servitutem, welche das Personenstandsrecht selbst in seiner Existenz angreift.

„infamandi **causa**“

Der subjektive Tatbestand wird durch die Richtung der Absicht auf den Erfolg der Rufgefährdung bezeichnet, infamandi causa oder gratia l. 15 §§ 25. 32, l. 37 D. h. t., l. 10 C. h. t., ad infamiam, ad oder in invidiam l. 15 § 27, l. 38. 39 D. h. t., ut infamet l. 15 § 27 D. h. t., iniuriae faciendi causa l. 15 § 33 D. h. t., in iniuriam l. 19 D. h. t., l. 18 § 7 D. 48. 19, famam insectari l. 15 § 29 D. h. t. Das ist jedoch nicht so zu verstehen, als müsste die Infamation der ausschliessliche oder hauptsächliche Zweck der Handlung sein. In l. 15 §§ 30. 31, l. 19. 20 D. h. t. ist oder kann der Zweck die Erlangung eines materiellen Vorteils sein, auf den der Täter einen Anspruch oder auch keinen hat, in l. 15 § 29 D. h. t. ist Zweck die Anzeige und das ihr folgende Verfahren, ohne dass dadurch die Injurienqualität berührt würde.

Die Wahrheit des Urteils.

Ueberall erscheint im römischen Recht die Nichtübereinstimmung des Urteils mit der Wahrheit als Tatbestandsmoment.

Dies wird allgemein ausgesprochen und begründet für die sittliche Ehre in l. 18 pr. D. h. t. mit den Worten: eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire. Das ist nicht so zu verstehen, als würde dem Täter die Strafe der wahren Beschuldigung aus Billigkeitsgründen erlassen. Es handelt sich vielmehr um ein aus dem Prinzip des bonum et aequum als Urquelle alles Injurienrechtes hergeleitetes Tatbestandsmoment. Man vergleiche das furem dixisset, qui non erat in l. 15 § 13 D. h. t. und das si non es nuntiator in Verbindung mit dem zweiten Satze in l. 3 C. h. t. Wie eine nach Führung

des Wahrheitsbeweises übrig bleibende Beschimpfung zu behandeln sei, dafür geben die Quellen keinen Anhalt[12]).

Auch die wirtschaftliche Ehrenminderung kommt prinzipell nur als Urteilsfälschung in Betracht. Unter l. 18 pr. D. h. t. (peccata nocentium) kann man sie nicht stellen, aber aus den einzelnen Entscheidungen geht es mit Bestimmtheit hervor. In l. 31 § 5 D. 42. 5 können die Erbschaftsgläubiger die Bedürftigkeit des Erben nicht beweisen, in l. 15 § 32 D. h. t. ist die Verpfändung, in l. 15 § 33 D. h. t. das Passivum fingiert, in l. 19 D. h. t. werden Zweifel über die in der Tat bestehende Zahlungsbereitschaft wachgerufen, und auch in l. 15 § 31, l. 20 D. h. t., l. 5 § 1 D. 2. 8 bestehen die dem Kredit schädlichen Tatsachen, die den Gläubiger zu seinem Vorgehen berechtigen würden, in Wirklichkeit nicht.

Auch in Bezug auf den Standeswert der Person erfüllt nicht der taktlose wahre, sondern nur der unwahre Vorwurf den Tatbestand l. 8. 10 C. h. t.

Die Frage ob im Einzelfalle die Kenntnis der Unwahrheit erforderlich war, oder die fahrlässige Unkenntnis genügte, findet wie so manche, die dem Takte des aus dem Prinzip des bonum et aequum schöpfenden Richters überlassen blieb, in den Quellen keine ausdrückliche Entscheidung.

Die Rechtswidrigkeit.

Die ausserordentliche Lebendigkeit des Billigkeitsprinzips in iure und in iudicio enthob die Römer ins Einzelne gehender Vorschriften über die Rechtswidrigkeit und Rechtmässigkeit der Infamation. Die Kritik der fremden Persönlichkeit tritt im Leben in so unzählig vielen Kombinationen auf, dass der Versuch einer

---

[12]) Man hat aus l. 5 C. h. t. entnehmen wollen, dass auch wahre Aeusserungen als Injurien angesehen wurden, wenn sie animo iniuriandi geschehen waren. Weber I. 181. Not. 14. Die Entscheidung unterscheidet aber nur zwei Fälle: der Zuruf homicida ist dem Injurianten entweder nur im Zorne als Schimpfwort entschlüpft. In diesem Falle denkt der Täter natürlich selber gar nicht an eine Beschuldigung des Totschlages, die ihn zum Wahrheitsbeweis verpflichten oder berechtigen könnte. Er kann sich nur auf Verjährung berufen. Oder auch es stellt sich der Zuruf nach den Umständen nicht als blosse Beschimpfung, sondern als ernstlich gemeinter Vorwurf dar. Alsdann ist der Täter den Wahrheitsbeweis schuldig. Beschimpfung und ernstliche Beschuldigung werden nicht als realiter konkurrierende, sondern als einander ausschliessende Tatbestände hier vorausgesetzt.

erschöpfenden Aufzählung der erlaubten und unerlaubten Fälle von vornherein aussichtslos erscheint. Eine beispielsweise Aufzählung aber bringt immer die Gefahr der Vernachlässigung der zufällig nicht ausdrücklich erwähnten Kombinationen auf Kosten der Gerechtigkeit mit sich[13]). Der Leitstern der Römer wird hier das in der Natur der Sache liegende Prinzip der Proportionalität der kollidierenden Interessen in Kreuzung mit dem Grundsatz gewesen sein, auch die Anforderungen an die Sorgfalt des Täters in Erkundung der Wahrheit der behaupteten Tatsachen nach dem Werte des verfolgten eigenen und des verletzten fremden Interesses abzustufen.

Im Einzelnen können wir, auch wenn die bei Paul. Sent. IV. 5. 16 auf das vindicare folgenden Worte unecht sind, namentlich den Reden *Ciceros* entnehmen, dass eine Kritik der Person des prozessualen Gegners zum Zwecke der Durchführung eines Anspruches im weitesten Umfange üblich und auch wohl erlaubt war[14]), während gegen persönliche Kritik in Werken der Dichtkunst eine grosse Empfindlichkeit bestand[15]).

Bemerkenswert ist ferner, dass die Verantwortlichkeit für die Infamation nicht ohne weiteres durch eine anderweit zur Handlung bestehende Befugnis aufgehoben wird. Es haftet z. B.

---

[13]) Das sehen wir an der Interpretation des § 193 R.-Str.-G.-B., auf die ich jedoch hier nicht näher eingehen kann. Die alte Praxis war mit ihrem animus iniuriandi besser daran. Als rechtswidrige Absicht gefasst, bot er die Möglichkeit in jeder Beleidigung der ethischen und rechtlichen Schuld des Täters in vollem Masse gerecht zu werden. Indem man sich aber auf die Ungenauigkeit des Ausdruckes und mögliche Auswüchse der Theorie vom animus iniuriandi berief, (z. B. dass jede Handlung ohne Rücksicht auf ihren objektiven Tatbestand durch den animus zur Beleidigung werden könnte, dass die Gefühlsverletzung den Zweck des Täters bilden müsse), hat man den animus iniuriandi aus der Theorie des Beleidigungsrechts beseitigt und damit die Aequität im Rechte dieses Vergehens beschränkt. Denn die Praxis klammert sich nunmehr, froh der lästigen Aufgabe, von Fall zu Fall selbst das Rechte zu finden, enthoben zu sein, an den Wortlaut des § 193 R.-Str.-G.-B. an und sucht dessen clausula generalis nicht aus dem allgemeinen Prinzip, sondern restriktiv aus den ausdrücklich erwähnten Fällen zu interpretieren. Es wird die Aufgabe eines neuen Strafgesetzbuches sein, das Aequitätsprinzip hier in seine Rechte einzusetzen, vielleicht in Anlehnung an eine der Aequitätsformeln des B. G.-B.

[14]) Alles hierher Gehörige stellt vortrefflich zusammen Abegg, G. A 1863 S. 675 ff., Vorschriften für Advokaten in l. 6 § 1 C. 2. 6.

[15]) Cicero, de re publ. IV. 10—12 (Aug. Civ. Dei II. 9).

nach l. 15 § 29 D. h. t. der Denunziant[16]), nach l. 19 D. h. t. der Gläubiger, dem es nach klassischem Zivilrecht doch frei stand, sich in erster Linie an den Bürgen zu wenden. Die Ausübung dieser Befugnisse fand am Verbote der Infamation eine feste Schranke.

Occupatio bonorum und obsignatio.

Bei beiden ist die Zugehörigkeit zum Infamationsedikt bestritten und daher besonders zu beweisen.

Zunächst l. 15 § 31 D. h. t.

si quis bona alicuius vel rem unam occupaverit, iniuriarum actione tenetur.

Für die Zugehörigkeit zum Infamationsedikte spricht die Stellung zwischen zwei unbestrittenen Fällen der Infamation. Ausschlaggebend aber ist folgende Erwägung: Gaius III. 220 erwähnt als Fall der Injurie die proscriptio der Güter jemandes, der dem Proscribenten nichts schuldete. In dem Zusammenhang dieser Stelle ist die Natur des Deliktes als Kreditgefährdung wohl nicht zweifelhaft. Wenn nun dieser Fall wichtig genug erschien, um in die kurzen Institutionen *Justinians* ausdrücklich aufgenommen zu werden Inst. h. t. § 1, so ist nicht anzunehmen, dass er in dem umfänglichen Gesetzeshandbuche der Digesten fehlen sollte. Dürfen wir also annehmen, dass er in den Digesten enthalten sein muss, so kann er nur in l. 15 § 31 D. h. t. behandelt sein. Eine andere Stelle lässt sich nicht nachweisen. Allgemeiner und richtiger wie die Institutionen redet l. 15 § 31 D. h. t. von occupare überhaupt. Die Tatsache einer missionsmässigen Besetzung kann ja schon vor der Proscription bekannt werden und den Ruf schädigen. Unter der occupatio rei unis wird hier nur diejenige zu verstehen sein, welche unter den gleichen, den Ruf schmälernden Voraussetzungen (latitare) zugelassen werden kann, wie die occupatio omnium bonorum l. 7 §§ 17. 18 D. 42. 4[17]). Der allgemeine Ausdruck occupare umfasst die Besetzung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer praetorischen Immission. Es machte für die Infamation keinen Unterschied, ob der Occupant immittiert war oder sich als solcher

---

16) Raspe, Calumnia, S. 40 Not. 1.

17) Nicht auch, wie Jhering, Rechtsschutz S. 209 will, die Occupation nach l. 1 D. 42. 4 (damni infecti nomine).

gerierte. Da aber die Einweisung bereits auf Grund des formalen Antrages ohne Prüfung der materiellen Voraussetzungen erfolgte[18], so wird der Täter die mit der Möglichkeit der Vorweisung eines praetorischen Dekretes verbundene Verstärkung des Erfolges seiner Handlung wohl selten verschmäht haben. Da der Praetor nicht in die causae cognitio einzutreten brauchte, so ist verständlich, dass der Antragsteller nicht nur für den Antrag, sondern auch für die infamierende Wirkung der auf die Einweisung folgenden Handlungen der Besetzung und Proscription verantwortlich ist. Denn die Erteilung der missio stellt sich unter diesen Umständen nicht als eine selbständige Tätigkeit des Praetors dar, welche den Zusammenhang der durch den Antrag in Lauf gesetzten Kausalreihe unterbrach.

Die Infamation durch Anlegung von Siegeln behandelt l. 20 D. h. t.:

si iniuriae faciendae gratia Seia domum absentis debitoris signasset, sine auctoritate eius, qui concedendi ius potestatemve habuit, iniuriarum actionem intendi posse respondit.

Die Selbsthilfe als solche, welche hier zweifellos vorliegt, kann als Tatbestand der iniuria nicht in Betracht kommen, da sie als Umgehung der Staatshilfe ein Vergehen gegen die Staatsgewalt, nicht gegen den Einzelnen ist. Als Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen besitzt die Handlung eine doppelte Beziehung. Die Anbringung von Zeichen an meinem Hause stellt einmal eine ohne mein Wissen vorgenommene Veränderung an meinem Grundstück dar, die mich nach l. 22 § 2 D. 43. 24 oder nach Analogie dieser Vorschrift zum interdictum quod vi aut clam berechtigt[19]. Sie ist andererseits, insofern die Zeichen für jedermann sichtbar angebracht sind und eine Beschlagnahme beweisen, geeignet, meinen Kredit zu gefährden. Da jene Verletzung der sachlichen Machtsphäre hinreichende Ahndung im interdictum quod vi aut clam findet, wird es nicht allzu gewagt sein, die Bedeutung der Stelle für das Injurienrecht ausschliesslich in der Rufminderung zu suchen. Nun war die Anlegung von Siegeln an die im Besitze

---

18) Dernburg, Emtio bonorum, Heidelberg 1850 S. 106, Bethmann Hollweg II. § 106. S. 561 562, Keller, F. L., Semest. ad M. T. Ciceronem 1842 II. p. 79 f.

19) Stölzel, die operis novi nuntiatio S. 407 f. In meiner Verfügung beschränkt mich eine ungültige Siegelung nicht im Geringsten. l. 1 C. 2. 17.

eines Dritten befindliche Sache erst nach ergangenem Urteile, zur Exekution in die Sache, mit besonderer Genehmigung des Richters gestattet[20]). Die Voraussetzungen der Exekution in rem unam aber hatte der Richter von Amtswegen zu prüfen[21]). Darum haftete der Gläubiger hier nur für die Infamation, die sich aus der eigenmächtigen Anlegung von Siegeln ergab, während im Falle der Genehmigung der Kausalzusammenhang durch die selbständige Tätigkeit des Richters unterbrochen war[22]).

III.

Die Beschimpfung.

Nicht alle Fälle der Beleidigung, welche die Quellen als strafbar bezeichnen, lassen sich unter die Edikte über das convicium und das infamandi causa factum bringen. Wir müssen vielmehr annehmen, dass neben diesen Normen des gesetzten Amtsrechtes eine dritte nirgends ausdrücklich ausgesprochene anerkannt wurde, deren Inhalt ein Verbot der Beschimpfung war und deren Uebertretungen auf Grund des allgemeinen Ediktes ihre Ahndung fanden. Der technische Ausdruck ist convicium in der sprachlichen Erweiterung „von der lärmenden Samt- zur einfachen Verbaliniurie"[23]).

Die Bestrafung ist jedoch durch das Vorliegen besonderer erschwerender Umstände bedingt. Als solche kommen insbesondere in Betracht eine gewisse Oeffentlichkeit (so allgemein Paul. Sent. V. 4. 19 und als Beispiel die Beschimpfung des gerichtlichen Gegners durch den Advokaten in l. 6 § 1 C. 2. 6), ferner die Person des Beschimpften selber (z. B. die Beschimpfung des

[20]) Eine besondere Empfindlichkeit gegen Anlegung von Siegeln überhaupt beweist l. 1 § 24 D. 37. 9. Für das Verbot eigenmächtiger Anlegung von Siegeln fernere Belege in Just. Nov. 60. Praef. und cap. 1.

[21]) Bethmann-Hollweg II § 115. S. 694 f.

[22]) Pernices Hypothese, Labeo S. 38 Not. 7, es handle sich hier um die äussere Kennzeichnung des Pfandrechtes an den Sachen des Hausmieters, wie in l. 9 D. 20. 2, kann nicht zutreffen, weil in l. 20 D. h. t. der Schuldner Eigentümer des Hauses ist, nicht Mieter.

[23]) Mommsen, Str.-R. S. 796. Convicium kann aber als Verbalinjurie nicht nur das Schimpfwort, sondern auch die wirkliche Infamation bezeichnen. Vergleiche insbes. l. 25 D. 3. 3, l. 3 pr. D. 28. 2, l. 16 pr. D. 48. 19, wo es gewiss beides bezeichnet.

Richters von dem man appelliert bei Einlegung des Rechtsmittels l. 8 D. 49. 1. Paul. Sent. V. 4. 18. V. 35. 3.), oder auch die Art des Schimpfwortes. So ist z. B. dem Patron der Freigelassenen gegenüber nicht das Schimpfwort überhaupt, wohl aber dasjenige mit einer Beziehung auf das Geschlechtliche untersagt l. 11 § 7 D. h. t. (convicii non impudici dictio)[24]).

Eine gute Scheidung zwischen Beschimpfung und Beschuldigung stellt die richtige verstandene l. 5 C. h. t. auf. Der Beklagte hatte den Kläger homicida genannt. Der Kaiser unterscheidet: War das Wort unversehens im Laufe eines Streites gefallen, so ist die Injurienklage an sich schon begründet, offenbar weil eine einfache Beschimpfung vorlag und der Beklagte weder in der Hitze des Gefechtes an die Wahrheit des Vorwurfes glaubte, noch ihn zu beweisen unternahm. War das Wort dagegen nicht als Beschimpfung ausgesprochen, (non convicii consilio), so gilt es als eine zum Wahrheitsbeweis berechtigende und verpflichtende Beschuldigung. Es ist hier gut beobachtet, dass man unter Umständen seinen Hass oder seine Missachtung überhaupt durch Vorwürfe zum Ausdruck bringt, ohne sich über ihre Wahrheit Gedanken zu machen[25]).

§ 15.

3.

Imminuta libertas.

Eine wichtige Gruppe von Injurienfällen entspricht unseren Verbrechen gegen die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung. Im Einzelnen finden wir Fälle der Einsperrung, der Behinderung bei einer konkreten Handlung, die unberechtigte Verhaftung jemandes zwecks Gestellung vor Gericht, die Schmälerung der Rechte des in Schuldhaft Befindlichen, die böswillige Kränkung der freien Selbstbestimmung über den Körper durch Zwang zu einer körperlichen Untersuchung. Freilich ist gerade diese Gruppe

---

[24]) Interessant, wenn auch vielleicht fingiert sind die symbolischen Beschimpfungen bei Quint. Decl. 282: wenn einem Mann eine Statue in Weiberkleidern aufgestellt wird oder Quint. Inst. Orat. IV. 2. 100.: die Auspeitschung der Statue des lebenden Feindes. Nach Quintilian ist hier die Injarienklage am Platze.

[25]) Andere Auffassungen der Stelle bei Weber I. 181. Not. 14 und Binding, Normen II. S. 333.

durch die Konkurrenz des öffentlichen Strafrechtes in ihrer Entwicklung in hohem Masse gestört worden. Zur Aufstellung des allen diesen Fällen gemeinsamen Gesichtspunktes sind die römischen Juristen noch nicht gelangt. Aber materiell gehören diese Fälle, wie sich aus unserer Darstellung ergeben wird, in eine besondere Gruppe.

I.

Die Einsperrung.

Die Einsperrung, deren Täter ein Privatmann ist, gehört nach *Marcianus* l. 5 pr. D. 48. 6 in jedem Falle zur kriminellen vis publica[1]). Da jedoch *Paulus* Sent. V. 26. 3 die Strafbarkeit dieses Vergehens (übrigens noch als vis privata) auf den Fall beschränkt, si armatis hominibus cluserit, so liegt in der Stelle von *Marcian* offenbar eine der zahlreichen Erweiterungen der kriminellen Gewaltkategorie vor, so dass wir eine Zeit annehmen müssen, in welcher die einfache Einsperrung dem Gewaltgesetz noch nicht unterstand. Merkwürdigerweise fehlt es nun an jedem direktem Belege dafür, wie die einfache Einsperrung durch einen Privaten vor dem Erlasse der Gewaltgesetze und ihrer entsprechenden Erweiterungen strafrechtlich behandelt wurde. Nur auf Grund eines Rückschlusses aus der Behandlung des Verbrechens im Falle der Begehung durch einen Beamten können wir entnehmen, dass die ordentliche Klage hier von altersher die a° iniuriarum war.

Die lex Julia de vi publica traf auch die widerrechtliche Einsperrung durch einen Beamten nur dann, wenn sie unter Verletzung des Provokationsrechtes des Bürgers erfolgte. Damit fielen von selbst aus dem Kreise des Gesetzes diejenigen Fälle, in welchen die Anordnung der Haft der Provokation nicht unterlag[2]). Das erwähnte Gesetz selbst erkennt die Provokationsfreiheit der Verhaftung wegen Ungehorsams (quod jus dicenti non obtemperaverint) und Unfugs (vel quod contra disciplinam publicam fecerint) ausdrücklich an[3]). Der Ausschluss der Provokation sicherte die unmittelbare Vollziehung der Verhaftung und war

---

[1]) Die Aufnahme des Falles in die schwerere Katngorie ist vielleicht auch erst in der justinianischen Kodifikation erfolgt.

[2]) **Mommsen**, Staatsrecht, I. 149.

[3]) **Mommsen**, Strafrecht, Seite 49.

insofern unentbehrliche Voraussetzung der Wirksamkeit der magistratischen Zwangsgewalt. War jedoch die Vollstreckung der Massregel beendet und das Amtsjahr des magistratus maior, der sie verhängt hatte, abgelaufen (l. 32 D. h. t.), so bestand kein öffentliches Interesse mehr, dem Bürger die Verfolgung eines ihm etwa zugefügten Unrechtes zu verschränken. Die Klage, die dem rechtswidrig Eingesperrten gegeben wird, ist die a° iniuriarum l. 13 § 2 D. h. t.[4]). Man könnte zwar diese Stelle, wenn man sie für sich allein betrachtet, auch in dem Sinne verstehen wollen, dass die Verhaftung wegen Ungehorsams den Praetor nicht einmal aus dem Gesichtspunkte der Injurie verantwortlich macht, also im Sinne einer absoluten Unverantwortlichkeit für die nach freiem, subjektiven Ermessen ohne jede Kontrolle ausgeübte Coercitionsbefugnis. Dem steht jedoch der ganz allgemeine Satz „nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere“ l. 32 D. h. t. entgegen, der keine Ausnahme ausdrücklich hervorhebt.

Man könnte nun versucht sein, den eigentlichen Grund der Injurienklage in der Verletzung des Rechtsgutes der Freiheit nicht als solcher, sondern als Teil der dem Bürger durch die Verfassung gegenüber den Staatsorganen garantierten Rechtsstellung zu sehen, modern gesprochen, in einer Verletzung der Grundrechte, des negativen Status (Jellinek). Aber wäre dieser Gesichtspunkt richtig, so müsste auch die Vermögensbeschädignng in Uebertretung einer Amtspflicht als Schmälerung des Bürgerrechtes unter die Injurienklage fallen. Da jedoch nach l. 29 § 7 D. 9. 2 die durch widerrechtliche pignoris capio verursachte Vermögensbeschädigung unter die a° legis Aquiliae fällt, so kann man unbedenklich annehmen, dass auch die widerrechtliche Freiheitsbeschränkung durch den Beamten der Injurienklage nur deswegen unterstand, weil dies die materiell für Freiheitsverletzungen zuständige Kategorie war. Es ist daher der Schluss begründet, dass ursprünglich die Freiheitsverletzung überhaupt, auch wenn sie von einem Privatmann begangen wurde, Injurie war.[5])[6])[7])

[4]) Bethmann-Hollweg, Zivilprozess II. 664 zu Note 17 will diese Stelle von der auf Anordnung des Praetors erfolgenden Abführung in Schuldhaft verstehen.

[5]) Aus Paul. II. 26. 3 und l. 26 D. 48. 5, wo dem Ehemann, der seine Frau beim Ehebruch ertappt hat, gestattet wird, den Ehebrecher 20 Stunden festzuhalten,

II.

Missbrauch gewisser Rechte auf Beschränkung der Freiheit.

Es handelt sich hier um bestimmte charakteristische Beschränkungen der Freiheit, die bei Vorhandensein gewisser gesetzlicher Voraussetzungen und innerhalb fest bestimmter Grenzen einem Privatmann gegen einen anderen gestattet sind. Fehlen jene Voraussetzungen oder werden die gesetzlichen Schranken überschritten, so ist die Handlung Injurie. Die Richtung der Freiheitsverletzung bestimmt sich dann nach dem Inhalt des vom Recht gestatteten Eingriffs.

A.

l. 34. D. 42. 1.

Licinnius Rufus l. 13 regularum:

si victum vel stratum inferre quis iudicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.

Man sieht den Tatbestand hier meist in der Verletzung oder Gefährdung der körperlichen Gesundheit durch Verweigerung des notwendigen Lebensunterhaltes[8]). Davon steht jedoch in der Stelle selbst nichts. Nach ihrem Wortlaut verhindert der Gläubiger,

---

lässt sich nur auf das (wohl selbstverständliche) Verbot der Einsperrung überhaupt, nicht ohne weiteres, selbst nicht in Verbindung mit l. 23 § 3 D. 48. 5 auch auf Ahndung der Einsperrung durch die Injurienklage schliessen. Anders Mommsen, Strafrecht 793. Note 7, 798 Not. 4.

[6]) Bei Plaut. Poenulus V 5, 54 f. ist eine Injurienklage gegen den leno erwähnt, welcher dem Vater die Tochter entführt hat und zurückhält. Für rechtsgeschichtliche Schlussfolgerungen reicht aber die Beweiskraft der Stelle nicht aus.

[7]) Ein äusserst interessanter Fall einer bis ins VI. Jahrhundert der Stadt zurückreichenden Injurienklage griechischer Frauen gegen einen römischen Beamten wegen rechtswidriger Einsperrung liess sich dem S. C. de Thisbaeis in der älteren Lesart von Foucart-Mommsen entnehmen. Ephemeris epigraphica, Corporis Inscr. Lat. Suppl. Edita iussu Inst. Arch. Rom. I. 1872. 282. 295. 297. Diese Lesart hat sich jedoch als falsch erwiesen schon in Ephemeris epigraphica II. Seite 104 und bestimmt in den Mitteilungen des deutschen archäologischen Institutes zu Athen IV. 1879 Seite 243 f. Wir müssen daher „auf diese immerhin schätzbaren Bereicherungen oder Bestätigungen unserer Erkenntnis leider Verzicht leisten" Schmidt l. c.. Man vergleiche Text und Literatur bei Bruns, Fontes ad S. C. Thisb.

[8]) Voigt, XII Tafeln § 129, Seite 518, Not. 11.

dass dem iudicatus der victus und stratus durch dritte Personen ins Haftlokal zugeführt werde. Damit verträgt es sich recht wohl, dass er selbst die Sorge für des Lebens Notdurft übernimmt. Um zu verstehen, warum schon in der blossen Behinderung der Zuführung durch Andere ein Vergehen enthalten ist, bedarf es eines kurzen Eingehens auf die für die Schuldhaft massgebenden Vorschriften.

Der Gläubiger darf den Schuldner, wenn die Vollstreckung der Schuldhaft bewilligt ist (addictus), nach Hause führen (domum ducere) und in einem geschlossenen Raum (carcer) festhalten. Was den Unterhalt des Schuldners betrifft, so bestimmte schon eine Regel der XII Tafeln: „si volet, suo vivito“. Darin ist das für den Schuldner äusserst wichtige Recht enthalten, seinen Lebensunterhalt, soweit er ihn aus eigenen oder seiner Angehörigen Mitteln bestreitet, frei nach seinem Belieben gestalten zu können. Das praetorische Edikt scheint diese Vorschrift erläutert und ergänzt zu haben. Denn die in unserer Stelle vorkommenden Worte victus et stratus werden von *Ulpian* l. 58 ad Edictum (l. 42 und 44 D. 50. 16) zum Gegenstand einer eingehenden Erörterung gemacht, wobei victus nicht bloss als Nahrung, sondern auch als Bekleidung des Körpers, stratus als Bettzeug oder „Deckwerk“ ausgelegt wird[9]). Die Schuldhaft sollte nach diesen Vorschriften, modern gesprochen, nur in der einfachen Freiheitsentziehung bestehen[10]), während die freie Selbstbestimmung über des Lebens Notdurft dem Schuldner gesetzlich garantiert war, soweit er sie aus eigenen oder der Verwandten Mitteln bestritt. Erst wenn der Schuldner von diesem Rechte keinen Gebrauch machte, „ni suo vivit“, ging mit der Pflicht ihn zu erhalten das Recht der Bestimmung der Lebensweise auf den Gläubiger über. Der Unterhalt durch den Gläubiger war schon vom Gesetze karg bemessen und wie wenig eine humane Praxis dem harten Geiste der Zeit entsprach, geht daraus hervor, dass eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften auch zu Gunsten des Schuldners gesetzlicher Genehmigung zu

---

[9]) Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Seite 12.

[10]) Man vergleiche die neuesten Bestrebungen den zu Gefängnis im technischen Sinne Verurteilten das zum Teil in den Gefängnisordnungen schon verwirklichte Recht der eigenen Kleidung und das noch nicht anerkannte der Selbstbeköstigung zu sichern.

bedürfen schien: „si volet plus dato". Darum hatte der Schuldner gewiss ein ganz besonderes Interesse an dem suo vivere. Der Gläubiger aber, der ihn hierin verletzte, missbrauchte das Recht der Einsperrung, um die Freiheit des Schuldners in einer weiteren Beziehung zu beschränken, in der sie ihm ausdrücklich gewährleistet war.

B.

Es kommt hier zweitens in Betracht der Fall l. 1 § 8 D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25. 4. Das Recht des Vaters an den in der Ehe gezeugten Kindern wird nicht dadurch alteriert, dass das Kind erst nach der Ehescheidung geboren wird. Nach der Geburt diente dem Vater das interdictum de liberis exhibendis. Aber dieses Interdikt versagte gegenüber allen Machinationen der geschiedenen Frau, die darauf ausgingen, ihre Schwangerschaft zu verbergen, sei es, um das Kind für sich zu behalten, sei es, um es zu beseitigen l. 1 § 1 D. l. c. Hier griff ein Rescript der Divi Fratres ein, um das Anrecht des Mannes auf das zu erwartende Kind bereits für die Zeit der Schwangerschaft sicher zu stellen l. 1 pr. D. l. c. Es gab ihm das dreifache Recht 1.) auf gerichtliche Befragung der Frau, ob sie schwanger sei l. 1 pr. §§ 2. 3. D. l. c., 2.) im Falle des Leugnens auf Untersuchung durch drei Hebammen l. 1 pr. §§ 4—7 D. l. c. und endlich 3.) auf Bewachung bis zur Geburt l. 1 pr. D. h. t. Weigerte sich die Frau zur Abgabe der Erklärung vor dem Praetor zu erscheinen l. 1 § 3 D. l. c., oder sich an den zur Untersuchung bestimmten Ort zu begeben, oder die körperliche Untersuchung selbst zu dulden l. 1 § 7 D. l. c., so sollte der Praetor auf Antrag des Mannes mit den ihm zu Gebote stehenden Zwangsmitteln einschreiten. Der Mann aber, welcher seine Frau dieser Prozedur unterwarf, obwohl er wusste, dass von einer Schwangerschaft nicht die Rede war, machte sich einer Injurie schuldig l. 1 § 8 D. l. c.

Diese iniuria stellt sich zunächst, insoweit jene Prozedur in der unter praetorischem Zwange stehenden Ladung vor Gericht oder in der Bewachung[11]) besteht, als Beschränkung der Freiheit im allgemein üblichen Sinne dar. Es ist aber besonders interessant,

[11]) Custodia ist nicht ohne weiteres die Einsperrung, sondern kann auch die aperta et libera custodia, die Beaufsichtigung unter Belassung der Freiheit der Fortbewegung von einem bestimmten Orte bedeuten wie etwa in l. 2 C. 10. 17.

dass die Klage hier unmittelbar an die körperliche Untersuchung angeknüpft erscheint, die ein negatives Resultat ergeben hat l. 1 § 8 D. l. c. Es entspricht dies der hohen Wertung des Selbstbestimmungsrechtes der anständigen Frau über ihren Körper, die ja auch sonst im römischen Rechte an zahlreichen Stellen hervortritt. In der eifersüchtigsten und die Interessen der Rechtspflege oft hintansetzenden Weise wird der Körper der matrona vor jedem Zwange geschützt[12]). Dass dieses fast absolute Recht der Frau dem Interesse des Mannes an der Sicherung seiner Gewalt über die zu erwartenden Kinder wich, ist gewiss ein Beweis für die ausserordentliche Energie, welche der Idee der väterlichen Gewalt in Rom innewohnt. Fiel aber die subjektiv im Verdachte der Schwangerschaft gründende Legitimation des Vaters weg, so lag böswillige Schmälerung eines der heiligsten Freiheitsrechte der Frau vor[13]), welche der Strafe der Minderung der bürgerlichen Existenz würdig erschien l. 1 pr. § 8 D. l. c.

Andere wollen den Grund der Klage hier in der stillschweigenden Beschuldigung des Ehebruchs sehen[14]). Aber durch das Interesse, welches der Mann an dem zu erwartenden Kinde bekundet, gibt er doch eher der Vermutung Ausdruck, dass es von ihm abstamme. Das dem Ehebruch entsprossene wird er leichteren Herzens der Frau überlassen. Man kann daher in der Einleitung jenes Verfahrens einen notwendigen oder auch nur regelmässigen Ausdruck für den Verdacht des Ehebruchs nicht erblicken. Wenn ferner[15]) als Grund der Klage neben der Widerwärtigkeit des Verfahrens selbst das über die Frau heraufbeschworene Gerede angegeben wird, so mag dies als Nebenwirkung wohl in Betracht kommen, aber in der Stelle selbst ist auf das Infamationsedikt nirgends Bezug genommen. Auch das Erfordernis des animus iniuriae faciendae, welches in l. 1 § 8 D. l. c. ausdrücklich

[12]) Festus s. v. Matrona ed. Müller. p. 154. Val. Max. 2. 1. 5. Die Konstitution Constantins a. 316. l. 1 C. 1. 48. Wenn die Frau nach dem Tode des Mannes im Interesse der Erben zur Verhinderung der Unterschiebung eines Kindes untersucht wurde, war körperliche Berührung wider Willen der Frau bei der Untersuchung verboten l. 1 § 10 D. 25. 4. cf. Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern. 1822. S. 11 f.

[13]) Beling in L. Z. XV. 480.

[14]) Landsberg, Seite 47.

[15]) Pernice, Seite 39. 40.

aufgestellt und ausführlich erörtert wird, berechtigt uns nicht das Wesen des Deliktes in einem absprechenden Werturteil über die Person der Frau zu suchen, das der Mann durch die Handlung auszudrücken beabsichtige. Denn dieser animus ist ausdrücklich durch den Gegensatz zu dem berechtigten oder verzeihbaren Zweifel als böser Glaube gekennzeichnet und bedeutet weiter nichts als die rechtwidrige Absicht überhaupt. Es hindern uns also die Quellen nicht daran, den vorliegenden Injurienfall dem System nach seiner vollen oder vorwiegenden ethischen Bedeutung anzuordnen, welcher der Gesichtspunkt einer Ehrenbeleidigung überhaupt nicht, derjenige der Herbeiführung des Klatsches auch nicht annähernd vollständig gerecht wird.

C.

Die in ius vocatio begründete die Verpflichtung zur sofortigen Folge[16]). Weigerte sich der vocatus mitzugehen, so durfte de vocans ihn ohne vorherige Ermächtigung des Praetors aus eigenem Rechte festnehmen und gewaltsam vorführen. Verhaftung und Gewaltanwendung waren an die Beachtung gewisser Formen geknüpft und erfolgten in zwei Etappen. „Will vocatus der Aufforderung nicht sofort Gehör und Folge geben, so erfolgt unter Konstatierung des Sachverhaltes mittels antestatio[17]) eine Art Privatverhaftung. Der Ladende fasst den Folgeweigerer an und erklärt ihn damit für verhaftet. Verhaftet aber nur in dem Sinne, dass es dem captus auch noch jetzt frei steht, durch gutwilliges Folgen Gewaltanwendung zu vermeiden“[18]). „Durch solchen Akt ist jeder Widerstand als zur sofortigen Gewaltanwendung berechtigend juristisch qualifiziert. Das capere involviert den Rechtszwang zu folgen, genügt dieser nicht, so kommt es zum Gewaltzwange durch trahere . . . .“[18]). Verhaftung und Gewaltanwendung waren aber nicht nur durch das formale Erfordernis der antestatio beschränkt, sondern gegen bestimmte Personen, wie Matronen und solche, die überhaupt nicht vor Gericht geladen werden

---

[16]) Wieding, Libellprozess, Seite 565—569. Demelius, Zeitschrift für Rechtsgeschichte I. Seite 263 f. und S. Z. N. F. II, Seite 1. f. besonders 5. 6. 9. 11.

[17]) Auf deren Anwendung jedoch gewisse wenig respektable Personenklassen keinen Anspruch hatten. Demelius, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1. 273 f.

[18]) Demelius, S. Z. N. F. II Seite 9. 10.

durften, gänzlich unzulässtig, endlich auch durch Satisfaktion abwendbar[19]).

Ueberschritt nun der in jus vocans die formellen oder materiellen Grenzen seiner Befugnis, so stellte sich seine Handlungsweise, die nunmehr der gesetzlichen Legitimation entbehrte, als einfache widerrechtliche Freiheitsentziehung dar und unterlag der Injurienklage.

Das ist zunächst bezeugt durch ein altes Glossem zu Hor. Sat. I. 9, 74 f.[20]). Die in ius vocatio ist hier übrigens nicht die den Prozess eröffnende Ladung, sondern findet statt, weil der Schwätzer dem Citationsvadimonium nicht Folge leistete, in welchem Falle sie gleichfalls zulässig war. Hier liegt der Grund in der Unterlassung der antestatio, der formalen Legalisierung der Gewaltanwendung[20]).

Zweitens kommt hier in Betracht l. 5 § 1 D. 2. 8. Hier handelt es sich um einen Fall der mangelnden Berechtigung überhaupt. Der Beklagte bietet einen tauglichen fideiussor iudicio sistendi causa an, der Kläger nimmt ihn nicht an, sondern besteht auf sofortiger Folge und führt den vocatus dem Richter vor (duci in ius)[21]).

Diese Fälle sind wohl zu unterscheiden von dem vexandi causa ad tribunal interpellare l. 13 § 3 D. h. t. Die Ueberschreitung der Schranken des Rechtes auf Festnahme kann mit dem Missbrauch des formalen Rechtes, jemanden vor Gericht zu laden, zusammenfallen, sie kann aber ebensogut vorkommen bei einer nicht zum Zwecke der Chikane des Gegners, sondern in der Absicht ernstlicher und redlicher Rechtsverfolgung vorgenommenen in ius vocatio.

III.

Die Prohibition.

Eine Anzahl von Fällen, in denen die Injurienklage gegeben wird, weist auf die Behinderung einer konkreten Handlung als gemeinsamen Grundgedanken zurück. Die Entscheidungen nehmen freilich nirgends ausdrücklich Bezug auf einen allgemeinen ihnen zu Grunde liegenden Rechtssatz und es ist ausserordentlich

---

19) Bethman-Hollweg I. § 32 Seite 105 f.

20) Porphyrio ad Hor. Sat. I 9, 74 f.

21) Vergleiche Demelius S. Z. N. F. II, Seite 5. Not. 9.

schwer, unter den manuigfachen Möglichkeiten der Abstrakion die den Grund der Injurienklage in sich tragende Verallgemeinerung zu finden. Eine Handhabe hierzu bietet überhaupt nur die l. 13 § 7 D. h. t. Es soll nun zunächst an ihr das Prinzip entwickelt und dann seine Anwendung in den übrigen in Betracht kommenden Stellen dargelegt werden.

A.

Das Prinzip.

Die l. 13 § 7 lautet, soweit sie hier in Betracht kommt, folgendermassen:

> si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (. . . .) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. . . . .

Es handelt sich hier je nach der Auslegung des in quo alio loco um zwei oder um drei verschiedene Handlungsgruppen. Zunächst kommen in Betracht Handlungen, die der Ausübung des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen dienen[22], das Baden im öffentlichen Bade oder Flusse, das Sitzen im Theater. Dazu würde auch das agere, sedere, conversari gehören, wenn man die mit Rücksicht auf das Vorhergehende naheliegende Beschränkung auch dieser Handlungen auf den locus publicus annimmt. Auf der anderen Seite stehen die Handlungen des Eigentümers in Betätigung seines Nutzungsrechtes. Eine dritte Gruppe aber würden, als der Befugnis nach überhaupt nicht charakterisierte Handlungen, das Gehen, Sitzen und Plaudern bilden, wenn man das in quo alio loco völlig neutral versteht, ohne jede Beziehung darauf, ob der Ort öffentlich oder privat, dem Gehenden oder Sitzenden eigen oder fremd ist. Die Behinderung aller dieser Handlungen bildet eine Injurie.

---

[22] Das Meer wird zwar theoretisch nicht zu den res publicae, sondern zu den res omnium communes gezählt l. 2 § 1 D. 1. 8, praktisch aber (im Rechtsschutz) nach Analogie der res publicae behandelt l. 1 § 8 D. 43. 8.

Die Voraussetzung nun, mit welcher die ganze folgende Untersuchung steht und fällt, ist: dass der Grund der Klage für die Gesamtheit dieser Handlungsgruppen derselbe sein muss. Ihre Richtigkeit aber ergibt sich unmittelbar aus einer genauen Betrachtung des grammatischen Aufbaues der Stelle. Es wird zunächst die Behinderung der Schiffahrt und des Fischfanges auf dem Meere in einem selbständigen Satze zum Delikt erhoben, hierauf in einem neuen Satze, der aus zwei völlig koordinierten und durch aut verbundenen Gliedern besteht, die Behinderung des Gemeingebrauches einer-, des Gebrauches der im Privateigentum stehenden Sache andererseits als Injurie bezeichnet. Die Verbindung zwischen dem ersten Satz und dem zweiten wird hergestellt durch die Worte: et plerique esse huic similem eum. Damit ist gesagt, dass die beiden im zweiten Satze aufgeführten Fälle dem im ersten Satze behandelten ähnlich, das heisst wohl hier teilweise mit ihm gleich seien. Da nun weiter diese Aehnlichkeit der Fälle gerade dazu benutzt wird, um die im ersten Satz zugelassene Injurienklage auch in den beiden Fällen des zweiten Satzes zu begründen, so dürfen wir schliessen, dass die Tatbestände sich in dem das Delikt der Iniuria begründenden Momente decken. Es ist nun unsere Aufgabe einen solchen, allen Fällen gemeinsamen Gesichtspunkt zu finden.

Wir gelangen dazu auf zwei Wegen, die den beiden Möglichkeiten der Auslegung des in quo alio loco entsprechen.

Das Resultat ist beidemale dasselbe.

Nehmen wir zunächst an, das in quo alio loco agere, sedere, conversari bilde eine besondere gegen die rechtliche Qualifaktion der Handlungen vollständig indifferente Gruppe. Das agere-Gehen, sedere-Sitzen, conversari-Plaudern sind dem Leben entnommene konkrete Handlungen. Die Injurie besteht darin, dass ein Dritter sie nicht duldet, das heisst, gegenüber dem Betätigungswillen des Handelnden seinen widersprechenden Willen zur Geltung zu bringen sucht, den Handelnden stört, behindert, zur Unterlassung seiner Handlung nötigt. Unbedenklich werden wir in dem Gehen, Sitzen, Plaudern nur Paradigmata für die konkrete Willensbetätigung überhaupt sehen dürfen und berechtigt sein, aus diesen Beispielen die allgemeine Norm zu abstrahieren: Du sollst andere nicht böswillig bei der Betätigung ihres Willens in einzelnen

konkreten Handlungen behindern. Da nun aber der Grund der Klage für alle Gruppen derselbe sein muss, so ergibt sich die Notwendigkeit, die soeben gefundene Norm auch den anderen beiden Gruppen zu Grunde zu legen. Es müssen dann alle Merkmale dieser Handlungen, welche mit diesem Verbote nichts zu tun haben, zu unwesentlichen und zufälligen Momenten des konkreten Tatbestandes herabsinken. Das wäre insbesondere nach zwei Richtungen von Bedeutung. Zunächst wäre der Umstand, dass es sich um Behinderung in der Ausübung eines Rechtes handelt, für das Wesen des Deliktes belanglos. Die zweite Konsequenz käme besonders für die Behinderung in der Benutzung der eigenen Sache in Betracht. Man dürfte nämlich in diesem Falle auch nicht von einem Verbote der dolosen Besitzstörung reden. Ein solches Delikt wäre von der Behinderung der Willensbetätigung in der einzelnen konkreten Handlung wesentlich verschieden. Der Besitzwille ist nicht zu verwechseln mit dem in der Ausübungshandlung betätigten Willen. Jener ist die mit der Möglichkeit tatsächlicher Verfügung verbundene Willenstendenz über die Sache zu herrschen und Andere von der Herrschaft auszuschliessen, dieser die Verwirklichung jener allgemeinen Tendenz in einer konkreten einzelnen Ausübungshandlung. In der Behinderung der einzelnen Willenshandlung liegt natürlich immer zugleich eine Verletzung jener allgemeinen Tendenz, dagegen wird die Besitzstörung im Allgemeinen nicht immer in einem Angriff gegen einen bestimmten, konkreten, gegenwärtigen Verfügungs- oder Genussakt bestehen. Vom Standpunkt des Besitzesschutzes aus besteht also zwischen den beiden Formen des Angriffes kein wesentlicher Unterschied. Hat aber eine Norm den Zweck, dem in einer Handlung betätigten Willen die Freiheit zu garantieren, so fallen nicht alle Besitzstörungen darunter, sondern nur diejenigen, welche sich gegen den einzelnen Verfügungs- oder Benutzungsakt richten. In diesem Sinne allein wäre unter der obigen Voraussetzung das re mea uti me non permittat zu verstehen.

Zu demselben Resultate gelangen wir aber, wenn wir von der Annahme ausgehen, dass in unserer Stelle nur der Gemeingebrauch und die Privatnutzung sich gegenüberstehen. Man könnte versucht sein, den Grund der Klage hier in der Verletzung

des Rechtes oder in der Beeinträchtigung der dem Inhalte jener Befugnisse entsprechenden tatsächlichen Gewalt zu suchen[23]). Nun sind aber die Befugnis zum Gemeingebrauch und das Privateigentum einerseits, und die nach dem Inhalte dieser Rechte bemessenen tatsächlichen Gewaltkomplexe andererseits, untereinander so durchaus verschieden, dass der nächst höhere sie beide vereinigende Begriff schon die ganz allgemeine Kategorie der Berechtigung oder der tatsächlichen Gewalt überhaupt wäre. Ist aber diese ganz allgemeine Qualität das einzig Gemeinsame, was die beiden Gruppen haben, so müsste man in der Störung des Rechtes oder der tatsächlichen Gewalt überhaupt auch den Grund des Deliktes erblicken. Wir kämen so zu dem allgemeinen Satze, dass jede dolose Verletzung eines Rechtes oder Beeinträchtigung einer faktischen Gewalt Injurie sei. Die hiergegen sprechenden Gründe haben wir bereits oben bei Gelegenheit der Widerlegung *Jherings* kennen gelernt. Wir fügen hinzu, dass die römischen Juristen, wenn sie jenen Satz gekannt hätten, seine ausdrückliche Anerkennung und die Regelung des Verhältnisses dieses Deliktes zu den anderen Verletzungen der sachlichen Machtsphäre nicht hätten unterlassen können. Ihr Stillschweigen beweist, dass sie nicht daran gedacht haben, einen Satz von so vollständig ins Allgemeine verschwimmendem Inhalte aufzustellen. Das Wesen der Fälle kann, da ihnen ausser jenen ganz allgemeinen Qualitäten nur die Störung in einer konkreten Handlung gemeinsam ist, nur in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit liegen. Beim Gemeingebrauch können wir dies auch unabhängig von der obigen Ausführung schon daraus erschliessen, dass als Angriffsobjekt nicht der Gemeingebrauch schlechthin, sondern bestimmte konkrete Benutzungshandlungen angegeben werden, so das piscari, navigare, lavare in l. 2 § 8 D. 43. 8 und l. 13 § 7 D. h. t., das in campo publico ludere und in theatro spectare in l. 2 § 8 D. 43. 8, das everriculum ducere, sedere, agere, conversari in l. 13 § 7 D. h. t. Die innere Verwandtschaft dieser Fälle mit dem re mea uti gebietet uns aber auch dieses uti nicht von der im

---

[23]) So bisher fast alle. Pernice, Seite 34. 35 spricht zwar von der Behinderung der Handlungs- oder Bewegungsfreiheit, dann aber doch auch wieder von der Verletzung der „Bürgerstellung“.

Besitzwillen enthaltenen allgemeinen Tendenz, sondern von der einzelnen konkreten Nutzungshandlung zu verstehen.

Wir gelangen so auf zwei verschiedenen Wegen zu dem Resultate, dass Angriffsobjekt der Behinderung nicht der Wille zur Ausübung der im Rechte oder in der ihm entsprechenden Besitzposition enthaltenen Macht, sondern nur der einzelne konkrete Willensakt ist. Damit ist aber nur ein Teil des Tatbestandes bestimmt. Der andere ist die „Behinderung“, deren Umfang und Bedeutung wir durch eine Darlegung der Behinderungsmöglichkeiten überhaupt einleiten wollen.

Der in der einzelnen konkreten Handlung verwirklichte Wille durchläuft die Stufen des Entschlusses und der Betätigung. Er kann dementsprechend entweder im psychischen Stadium des Entschlusses oder im Stadium der physiologischen Uebertragung auf die Körperkraft in seiner Freiheit behindert werden. Es ist nun aber mein Wollen entweder ein Streben blos nach einer körperlichen Bewegung oder nach einem umfassenderen Tatbestande, der eine körperliche Bewegung zur Bedingung hat. Will ich nun eine Körperbewegung, z. B. eine Veränderung der Lage meines Armes, eine Geste, so geht dieser Erfolg unmittelbar hervor aus dem Entschlusse und der Innervierung, welche darum auch die einzigen Angriffsobjekte einer behindernden Tätigkeit darstellen. Anders steht es in dem bei weitem häufigeren Falle, wo mein Willensimpuls und die aus ihm hervorgehende Bewegung nur eine von zahlreichen Bedingungen des durch mein Tun zu verwirklichenden Tatbestandes ist. Ich will z. B. nach einem bestimmten Orte fahren. Es hängt die freie, das heisst meinem Willen gemässe Ausführung dieses Planes nicht nur von meinen Körperbewegungen ab, z. B. der Weisung an den Kutscher und dem Einsteigen, sondern auch von der Anwesenheit des Kutschers und seiner Bereitwilligkeit, von einer bestimmten Beschaffenheit der Pferde und des Wagens, der Strassen und Brücken, die ich zu passieren habe. Die willensgemässe Ausführung der Handlung des Ausfahrens setzt also die Gunst sämtlicher auch ausserhalb meines Willens liegenden Bedingungen der Ausführung voraus, eine im Sinne meines Planes bestehende Tauglichkeit der Sachen und dritten Personen, welche Mittel oder Gegenstand meiner Handlung sind. Mit jeder dieser Bedingungen gesellt sich für die

behindernde Tätigkeit dem Entschlusse und der Innervierung ein neues Angriffsobjekt zu. Wer mich am Ausfahren verhindern will, kann dies tun, indem er mir droht und so den Entschluss in mir zurückhält, oder indem er mich einschliesst, meinen Kutscher zum Ungehorsam überredet, ein Rad vom Wagen entfernt, eine Brücke zersört oder endlich mir auf Befragen einen falschen Weg weist.

Die Ausdrücke, welche die römischen Juristen für das Behindern gebrauchen, das prohibere l. 13 § 7 D. h. t. zweimal, l. 24 D. h. t., l. 2 § 9 D. 43. 8, l. 25 D. 19. 1, arcere l. 2 § 9 D. 43. 8, das non pati und non permittere l. 13 § 7 D. h. t., lauten so allgemein, dass wir nicht berechtigt sind, irgend eine der dargelegten Möglichkeiten der Behinderung von dem Tatbestande auszuschliessen. Es kommt nur auf den dolos herbeigeführten Erfolg an. Dagegen ist es gleichgültig, ob eine Einwirkung auf die Person des Handelnden selber[24]) oder auf die ausserhalb seiner Person in Sachen oder anderen Menschen liegenden Bedingungen des Gelingens Mittel war. Ebensowenig kommt in Betracht, ob der Täter sich des (physischen oder psychischen) Zwanges oder anderer Mittel, z. B. der Täuschung des Handelnden[25]) oder der Ueberredung der dritten Personen bediente. Im Falle der List namentlich wird man wohl nicht von einer Nötigung aber sehr wohl von einer Behinderung sprechen können. Nur eine Beschränkung werden wir der allgemeinen Natur der Injurie entnehmen müssen. Wer auf das blosse ohne ausdrückliche oder versteckte Drohung ausgesprochene Verbot von einer Handlung absteht, dem dürfte nach dem Grundsatze „volenti non fit iniuria“ die Klage versagt sein.

---

[24]) Wie Pernice, Seite 35 ohne Begründung behauptet.

[25]) Ubbelohde, Interdikte IV. Seite 201 f. Behinderung am Betreten eines Weges oder sonst am Gemeingebrauch durch Singen unzüchtiger Lieder oder unflätigen Redensarten, Erregung von Lärm, Gerüchen, Rauch oder Qualm, Täuschung über die Besuchsstunden einer öffentlichen Sammlung etc. Wenn Ubbelohde bei solchen und ähnlichen Handlungen ein Vergehen der Beleidigung im Sinne des § 185 des R.-Str.-G.-B. für gegeben hält, so beruht das nur auf einer Verwechslung der beiden Bedeutungen des Ausdruckes „Missachtung der Person“. Missachtung der Person im Recht auf Handlungsfreiheit ist eben ein Vergehen gegen dieses Recht selbst und nicht gegen die Ehre.

B.

Die Einzelanwendungen.

Ausserhalb der l. 13 § 7 D. h. t., an der wir das Prinzip entwickelt haben, und der bezüglich des Gemeingebrauches mit ihr übereinstimmenden l. 2 § 9 D. 48. 3 finden sich in den Quellen noch vier Stellen, denen dasselbe Prinzip zu Grunde liegt, wovon zwei wiederum als Mittel der Begehung Gewalt bezeichnen, während die beiden anderen über das Mittel schweigen.

1.

Paul. Sent V. 6. 5:

de navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest; sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo iudicii vi bonorum raptorum datur. Idemque de eo dicendum est, qui carruca aut equo deiicitur; quibus non abductis iniuriarum actio datur.

Nach dem Zusammenhange der Stelle darf man vermuten, dass im Falle der Wegführung von Pferd oder Wagen die a° vi bonorum raptorum gegeben worden wäre. Da nun der Tatbestand dieser Klage Gewalt **und** Wegnahme ist, so bleibt als Tatbestand der equo vel carruca **non abductis** gewährten Injurienklage die Gewalt gegen den konkreten Gebrauchsakt des Reitens oder Fahrens übrig. Die Stelle enthält also einen Anwendungsfall des in l. 13 § 7 D. h. t. ausgesprochenen Prinzips und wir haben keine Veranlassung, das Herabwerfen von Pferd oder Wagen als der Sitte entsprechendes Ausdrucksmittel der Verachtung anzusprechen. Wäre freilich die Stelle, wie behauptet wird[26]), ein mittelalterliches unter den Einfluss germanischer Anschauungen entstandenes Einschiebsel, so müssten wir allerdings in Betracht ziehen, dass das Herabstossen von der Mähre eine in den Volksrechten häufig erwähnte Form der Ehrenbeleidigung ist. Selbstverständlich könnte die Stelle dann nichts für die römische Injurie beweisen. Ich glaube aber, dass diese Annahme ihr Dasein mehr dem Bedenken verdankt, den Tatbestand als reine Gewaltanwendung dem Injuriensystem einzuordnen, als wirklich durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Die Stelle fällt weder

---

[26]) Pernice, Seite 30 Not. 5.

der Sprache[27]), noch dem Inhalt nach aus dem Charakter des betreffenden Titels bei *Paulus.* Auch die Digesten stellen in demselben Zusammenhang der Dejektion von unbeweglichen Sachen diejenige von beweglichen (navis vehiculum) gegenüber (l. 1 § 7 D. 43. 16.) und wenn man darauf Gewicht legt, dass das Herabwerfen vom Pferde sonst nirgends in den römischen Quellen erwähnt wird, so darf man auch nicht vergessen, dass umgekehrt das Herabstossen vom Wagen den deutschen Quellen unbekannt zu sein scheint.

2.

In ganz schlagender Weise zeigt *Cicero* pro Caec. 35 dass Gewalthandlungen gegen die Person ohne Vermittelung des Gesichtspunktes der Ehrverletzunng oder der Körperantastung an sich schon zur Anstellung der Injurienklage berechtigte. Der Tatbestand ist hier der, dass *Aebutius* den *Caecina* mit Waffengewalt am Betreten eines streitigen Grundstückes behindert hat, cap. 7 § 19 bis 8 § 22. Es klagt nun Caecina mit dem interdictum de vi armata. In seiner Rede für ihn begründet Cicero, warum er mit dem Interdikte und nicht mit der Injurienklage vorgehe. Hierbei wird der Unterschied der beiden Klagen mit folgenden Worten dargelegt: „Quid ad causam possessionis, quid ad restituendum eum, quem oportet restitui, quid denique ad ius civile? . . . . actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur, sed d o l o r e m i m m i n u t a e l i b e r t a t i s iudicio poenaque mitigat“. Bei unbefangener Betrachtung ergibt sich auch hier als Gegenstand der Injurienklage die Gewalt selbst. Das interdictum de vi armata richtet sich gegen die Besitzentziehung unter Anwendung von Waffengewalt. Dass er mit ihm vorgeht, begründet Cicero mit dem Wunsche, eine Entscheidung über die Besitzfrage und die Rückgabe des Grundstücks zu erlangen. Da er nun auf Grund desselben Tatbestandes auch die Injurienklage für zulässig hält, von dieser aber sagt, sie habe mit der Feststellung und Wiedererlangung des Besitzes nichts zu tun, so kann sich seine Ansicht von der Zulässigkeit unserer Klage nur auf das zweite Moment des Tatbestandes, die Gewalt, stützen. Wäre die Injurienklage eine allgemeine Deliktsklage wegen doloser

[27]) Wie mir Philologen versichern.

Besitzstörung gewesen, so hätte auch sie die Erörterung und Entscheidung der Besitzfrage vorausgesetzt. Aus dem Zusammenhange der Stelle ergibt sich uns als präziser Sinn der „imminuta libertas“ die Hemmung der freien Willensbetätigung durch persönliche Gewalt[28] [29]).

3.

In l. 25 D. 19. 1. handelt es sich um ein tollere prohibere:

. . . . ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Es handelt sich um die Behinderung im konkreten Akte des Wegnehmens, Wegfahrens. Der Verkäufer hat seine Uebergabepflicht erfüllt, er ist nicht verpflichtet, das tradierte Kaufobjekt dem Käufer zu übersenden, vielmehr hat dieser nur das Recht, es zu holen. Die bloss wörtliche Weigerung des Verkäufers, die Abholung zu gestatten, dürfte, wenn sich der Eigentümer dabei beruhigt, auch hier wegen des Satzes volenti non fit iniuria nicht genügen. Es ist erforderlich, dass der Verkäufer die konkrete Abholungshandlung durch irgend welche Veranstaltungen vereitelt. Diese Vereitelung steht dann als Behinderung der freien Wilensbetätigung unter Busse. Die Herausgabe selbst erlangt der Eigentümer mit der a° ad exhibendum.

4.

Endlich spricht l. 24 D. h. t. von einem distrahere prohibere:

si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet iniuriarum experiri potest.

---

[28]) Die libertas dieser Stelle bietet, als gemeinsames Angriffsobjekt aller Injurien gedeutet, in dem ihr alsdann zukommenden gänzlich allgemeinen und verschwommenen Sinne eben wegen ihrer Vieldeutigkeit willkommenen Beweis für die verschiedensten Gesamtanschauungen von der Injuria. So sieht Hälschner, Preuss. Strafrecht III. 201. Not. 4 in ihr die Machtvollkommenheit, gegen die sich jede Injurie richten soll, Landsberg Seite 55. Not. 2 einen Hinweis auf seine Theorie vom Affektionsinteresse.

[29]) Mommsen, Strafrecht Seite 793 Not. 1 stellt den Fall in Analogie zum Hausfriedensbruch. Nun exemplifiziert Cicero allerdings auf die Behinderung am Betreten des Hauses, aber das Betreten eines Grundstückes steht, wie wir sehen werden, dem Betreten des Hauses nach römischem Rechte nicht gleich. In dem Streitfalle des Caecina handelt es sich nur um ein Grundstück.

Der Inskription nach (*Ulpianus* l. 15 ad edictum praetoris) gehört der Ausspruch in den Zusammenhang der Erbschaftsklage[30]). Darum wollen *Lenel* und *Pernice*[31]) das prohibere hier in der Erwirkung des gerichtlichen Veräusserungsverbotes gegen den verdächtigen Erben sehen, wie es in l. 5 pr. D. 5. 3, l. 7 § 5 D. 41. 4, l. 17 § 2 D. 44. 4 erwähnt sei.

Diese Auslegung der Stelle ist aus mehreren Gründen nicht angängig. Erstens werden hier zwei in ihren Voraussetzungen durchaus verschiedene Veräusserungsverbote zusammengeworfen: das Verbot zur Sicherung der Erbschaftsgläubiger gerichtet an den Erben und das zur Sicherung des mit der Erbschaftsklage auftretenden Praetendenten gegen den Besitzer der Erbschaft erlassene. Jenes setzt die Begründung voraus, dass der Erbe „verdächtig“ sei, und die unbegründete Stellung des Antrages fällt wegen der darin liegenden Kreditgefährdung nach l. 31 § 4 D. 42. 5 unter die a° iniuriarum. Nach der Inskription *Ulpianus* l. 14. 15 ad Edictum hängt aber unsere Stelle nicht mit diesem Verbote zusammen, sondern mit demjenigen, welches der Veräusserung von Erbschaftssachen zu Gunsten desjenigen, der eine Erbschaftsklage anstrengen will, bis zum Prozessbeginn Einhalt tut (l. 5 pr. D. 5. 3.). Dieses Verbot setzt, soweit sich aus der soeben zitierten Stelle und l. 17 § 2 D. 44. 4 schliessen lässt, einerseits keine der Ehre oder dem Kredit der Erbschaftsbesitzer nachteilige Begründung voraus, andererseits scheint es allgemein für Veräusserung von Erbschaftssachen überhaupt ergangen zu sein, nicht für die Veräusserung bestimmter Sachen. Es behinderte den Adressaten an der Veräusserung eines servus proprius nicht.

Es lässt sich daher die Stelle nur folgendermassen interpretieren. Jeder Verkauf einer Erbschaftssache war auf Grund des Verbotes nichtig. Schon dadurch jedoch, dass der Käufer, wenn auch auf Grund des nichtigen Geschäftes, in den Besitz der Sache gelangte, wurde die Rechtslage des klagenden Erbschaftsprätendenten naturgemäss verschlechtert. Um diesem Nachteil vorzubeugen, wird es dem Prätendenten erlaubt gewesen sein, im Wege der Selbsthilfe den tatsächlichen Abschluss und Vollzug

[30]) Lenel, Palingenesia, II. Seite 506.

[31]) Labeo, Seite 35 Not. 2 und S. Z. N. F. 14, Seite 17 f.

des rechtlich nichtigen Kaufgeschäftes zu hintertreiben. Es mochte vorkommen, dass unter Berufung auf das Veräusserungsdekret dem Erbschaftsbesitzer doloser Weise auch die Verfügung über eigene Sachen beschränkt wurde. In solchen Fällen lag Beschränkung der Verfügungsfreiheit vor und es wurde die ao iniuriarum gegeben. Die Basiliken[32]) geben bei dieser Stelle als Beispiel an, dass der Injuriant dem Käufer den Sklaven als einen fugitivus, fur oder furiosus bezeichnet und dadurch den Verkauf zu vereiteln sucht. Das weist darauf hin, dass die Entscheidung sich aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange losgelöst und allgemeinere Bedeutung gewonnen hat. Für die bewusste Verallgemeinerung der ursprünglich im Zusammenhange mit jenem Verbot gegebenen Entscheidung spricht auch das sonst überflüssige „a quolibet" unserer Stelle[33]).

C.

Sachgüterschutz und Freiheitsschutz.

Die Einsicht in das Wesen der Prohibition ist bisher hauptsächlich dadurch getrübt worden, dass die Handlungsfreiheit nach den überlieferten Anwendungsfällen vorwiegend dort geschützt wird, wo der Handlung eine Befugnis öffentlich- oder privatrechtlicher Natur zu Grunde liegt. Dieser Umstand musste immer wieder dazu verleiten, das Wesen der Fälle in der Verletzung dieser Befugnisse und der ihnen entsprechenden Besitzpositionen zu sehen. Und in der Tat, betrachtet man die römischen Vorschriften von dem entwickelten Standpunkt der modernen Theorie aus, welche im Anfange des vorigen Jahrhunderts zur klaren Erkenntnis des selbständigen Rechtsgutes der Willens- als Handlungsfreiheit gelangt ist[34]), so wird man die Beschränkung des Schutzes auf Handlungen, die der Ausübung eines Rechtes oder einer ihm entsprechenden tatsächlichen Macht dienen, nicht ohne weiteres verstehen. Hat man einmal den Schutz der

---

32) Basilica 50. 21. 23. qui me prohibet servum meum vendere. Ut quia forte futuro emtori suggessit, fugitivum vel furem, vel furiosum eum esse etc.

33) Ich führe ausser den Fällen 1—4 noch an: Seneca (pater), Exc. Controv l. IV. c. 1.: amissis quidam tribus liberis cum adsideret sepulcro, a luxurioso adulescente in vicinos hortos abductus est et detonsus coactus convivio veste mutata interesse. dimissus iniuriarum agit.

34) Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Seite 417.

Handlungsfreiheit überhaupt als Prinzip aufgestellt, so besteht zwischen berechtigtem und rechtlich indifferentem Handeln schlechthin kein Unterschied. Die selbst in dem allgemeinsten Satze si quis re mea uti me non permittat l. 13 § 7 D. h. t. durchaus kasuistische Fassung der römischen Vorschriften aber zeigt, dass die römische Jurisprudenz jenes Prinzip wohl von Fall zu Fall angewendet und praktisch erprobt hat, jedoch zu einer allgemeinen Formulierung desselben, wie bei der adtemptata pudicitia, nicht gelangt ist. Wollen wir daher die Eigentümlichkeit der römischen Vorschriften verstehen, so müssen wir uns in den Strom der Entwickelung hineinstellen. Dann wird verständlich, dass die Behinderung konkreten Handelns am frühesten, weil am stärksten, dort zur Reaktion herausfordern musste, wo der Behinderte sich in Ausübung einer Befugnis befand. Das Gebiet rechtlich indifferenter Handlungen mochte zunächst ausser Betracht bleiben. Auch für das heutige Recht ist die Frage erhoben worden, ob „alles was dem Einzelnen nach Willkür zu regeln oder ungeregelt zu lassen freisteht, darum schon ernsthaft und bedeutungsvoll genug ist, um die Verteidigung durch jene tief eingreifenden energischen Mittel zu verdienen oder zu rechtfertigen, welche allein der Strafrechtspflege zur Verfügung stehen“[35]). Solche Bedenken waren gewiss auch der mit feinem Takte für das Gleichgewicht der Verletzung und ihrer Folgen ausgestatteten Jurisprudenz und Gerichtspraxis der Römer nicht fremd. Wenn man an die ausserordentlich starke Ausprägung der pönalen Natur der Injurienklage denkt (l. 35 D. h. t.), so wird man verstehen, dass regelmässig die Ahndung von dem Vorhandensein des erschwerenden Umstandes einer Befugnis des Behinderten abhängig gemacht wurde, ohne darum das oben gewonnene Prinzip aufgeben zu müssen[36]).

---

[35]) Glaser, Abhandlungen, I. Seite 168. Ferner noch Seite 169, 170, 175, 176.

[36]) Glaser, Abhandlungen I. Seite 176 ad Note 242 sieht in der Behandlung der Prohibition im römischen Recht eine Stütze für seine Theorie, dass Verletzungen der Freiheit, nur wenn sie einen erheblichen rechtsschädlichen Erfolg haben, als Freiheitsverbrechen, sonst aber nur als persönliche Demütigungen zu behandeln seien Hierbei ist ein doppeltes übersehen: 1.) Die durchaus pönale Natur der a° iniuriarum l. 35 D. h. t. und die Zulässigkeit des kriminellen Extraordinarverfahrens l. 45 D. h. t. Inst. h. t. § 10. Die Stellen beweisen, dass die Injurie

Die Frage der Abgrenzung der Injurienklage wegen Prohibition gegen die Interdikte zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Sachen und gegen die Eigentums- und Besitzschutzmittel ist von unserem Standpunkte aus ebenso müssig. wie es die nach dem Verhältnis des § 240 R.-Str.-G.-B. zu den entsprechneden Vorschriften des modernen öffentlichen und Privatrechtes wäre. Der Schein, als trete die Injurienklage beim Schutz des Gemeingebrauches in die Lücken der Interdikte, wurde dadurch hervorgerufen, dass die den Interdikten unterliegenden Handlungen den Gemeingebrauch selbst, d. h. für alle stören. In diesen Fällen ist die für die actio iniuriarum notwendige Richtung gegen eine einzelne Person und eine einzelne Handlung entweder überhaupt nicht vorhanden, oder doch nicht feststellbar und darum neben den Interdikten für die Klage kein Raum l. 2 § 9 D. 43. 28[37])

IV.

Freiheit und Ehre.

Indem man als Angriffsobjekt der Vergehen gegen die Freiheit die menschliche Würde einsetzte, hat man geglaubt, dass diese

---

den Römern durchaus nicht an sich als leichteres Vergehen erschien. 2.) Die Hervorhebung der allgemeinen Wirkung der Demütigung enthebt nicht von der Feststellung des abstrakten Tatbestandes der Handlung, mit welcher die Demütigung verbunden ist. Denn Demütigung kann Folge der allerverschiedensten Handlungstypen sein. Hier wird der Verletzte eben durch einen Angriff auf die Freiheit des Handelns in seinem Selbstgefühl getroffen.

37) Wenn Sarwey, Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege 1880 S. 428. von der Behinderung des Einzelnen im Gemeingebrauche sagt: „dass es Handlungen gibt, welche ohne Beleidigung und Verleumdung zu sein und ohne ein anderes subjektives Recht direkt zu verletzen, lediglich als der Ausdruck der Nichtanerkennung der Persönlichkeit wie Verletzungen empfunden werden", so ist damit das Vergehen selbst nicht ausreichend charakterisiert. Denn Verletzung der Persönlichkeit bedeutet eben nur bei der Beleidigung etwas Bestimmtes. Wird der Ausdruck nicht von der Beleidigung gebraucht, so bedeutet Persönlichkeit die gesammte Rechttssphäre überhaupt und über das verletzte Gut ist noch nichts gesagt, es kann sich wiederum um die Freiheit der konkreten Betätigung überhaupt handeln oder auch direkt um den Schutz des dem Einzelnen iure civitatis zustehenden Anteils am Gebrauch der öffentlichen Sachen in publico usu, der eine Erweiterung seiner sachlichen Machtssphäre bildet. Auch hier liegt eine merkwürdige Scheu vor, das verletzte Gut mit seinem individuellen Namen zu nennen. Vergl. oben Teil I.

Vergehen nach der Natur der Sache dem Vergehen wider die Ehre untergeordnet werden müssten[38]).

Aber die Würde, gegen welche sich die Freiheitsverletzungen richten, ist nicht der das Objekt der Ehrenbeleidigung bildende Persönlichkeitstatbestand, sondern der Wert der Rechtspersönlichkeit, der im praktischen Handeln der Genossen zur Geltung kommen soll und das allgemeine Angriffsobjekt aller Vergehen gegen den Einzelnen bildet. Es sind daher Freiheit und Ehre voneinander durchaus unabhängige Güter, welche im Systeme der Rechtsgüter des Einzelnen einander nicht über- oder untergeordnet werden dürfen, sondern neben einander stehen.

§ 16.

4.

Sittlichkeitsdelikte.

I.

Adtemptata pudicitia.

Dieses Delikt erscheint in den Quellen zweimal. Zunächst als Gegenstand der actio iniuriarum, sodann als crimen extraordinarium. Wir wollen das Recht der Klage und das des crimen getrennt behandeln.

Das Ediktsrecht.

Der Injurienklage lag nach dieser Richtung teils die Verheissung des allgemeinen Ediktes, teils ein besonderes Edikt zu Grunde. Soweit das erstere der Fall war, erfolgte die Ahndung auf Grund einer ganz bestimmten, dem Gewohnheitsrecht angehörigen Norm. Diese bestand im Verbot des adtemptare pudicitiam, dessen Tatbestand *Paulus* scharf und präcis mit den Worten definiert: adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat (l. 10. D. h. t.).

Der Grundgedanke ist der Schutz des auf geschlechtliche Reinheit haltenden Willens. Der Angegriffene muss pudicus sein,

[38]) So Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit, Berlin 1875, der die seiner Ansicht nach in der Natur der Sache begründete Unterordnung lediglich aus Zweckmässigkeitsrücksichten unterlässt.

d. h. auf seine geschlechtliche Ehre halten[1]). Pudicitia ist hier die mit dem Schamgefühl verbundene praktische Tendenz, sein Geschlechtsleben innerhalb der Schranken von Sitte und Recht zu halten. Das Ziel des Täters ist, diese Charaktereigenschaft überhaupt zu zerstören oder für einen einzelnen Akt aufzuheben, den Willen, der auf sich hält, umzustimmen, die Keuschheit in Unkeuschheit zu verwandeln, in dem Angegriffenen den Entschluss zu einer Handlung hervorzurufen, die seine Keuschheit zerstören würde. Es gehört also nicht jeder Versuch eines Sittlichkeitsattentates gegen die Person hierher. Wer sich ohne weiteres hingibt, oder gar selbst anbietet, ist nicht pudicus, andererseits wird das widerstrebende Opfer versuchter oder vollendeter Notzucht moralisch nicht befleckt, nicht zum impudicus gemacht. Der Angriff auf die Seele, nicht der auf den Körper, bildet den Kern der Handlung. Sie ist insofern tatsächlich verwandt mit der sittlichen Beschädigung des Hauskindes und des Sklaven. Nur die rechtliche Beziehung ist verschieden. Dort handelt es sich um die Rückwirkung der Beschädigung auf die Rechte einer dritten Person, hier wird ein Anspruch jedes Einzelnen (rechtlicher oder beim Sklaven sozialer Natur vergl. bei der unmittelbaren Beleidigung) darauf statuiert, nicht in geschlechtliche Versuchung geführt zu werden. Die geschlechtliche Freiheit wird also in Rom nicht bloss gegen Gewalt, sondern in weitestem Umfange auch gegen die Verführung geschützt.

Sehen wir von der Beeinflussung des Willens durch Täuschung oder Einschüchterung ab, so kennt das moderne deutsche Recht nur zwei Bestimmungen, welche sich ausdrücklich gegen die Verführung richten. Es sind dies die beiden Strafdrohungen gegen denjenigen, welcher Personen unter 14 Jahren zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet (§ 176 No. 3, Satz 2. R.-St.-G.-B.) und gegen denjenigen, welcher ein unbescholtenes Mädchen unter 16 Jahren zum Beischlaf verführt (§ 182. R.-St.-G.-B.). Es erstreckt sich also der ausdrücklich ausgesprochene Schutz nur auf jugendliche Personen, ferner werden nur im Falle des § 176 No. 3. R.-St.-G.-B. auch Versuchshandlungen betroffen (E. 31. S. 254), während in § 182 R.-St.-G.-B. das Recht erst

[1]) Daher ist das Ansprechen einer Prostituierten auf der Strasse nicht Kausalheitsdelikt, sondern Belästigung, vergl. unter „Belästigung auf der Strasse“, § 26.

eingreift, wenn die Geschlechtsehre verloren ist. Endlich hat in § 176 No. 3. R.-St.-G.-B. der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses das Uebergewicht, während das Antragsrecht der Eltern und des Vormundes in § 182 R.-Str.-G.-B. nicht unbedingt dahin verstanden werden muss, dass der Gesetzgeber hier etwa an einen Angriff auf die Erziehungsgewalt und nicht an das der verführten Person geschehene Unrecht gedacht habe. Dies ist die ausdrückliche Regelung der Materie, zu welcher jetzt noch die nur Frauenspersonen, gegen welche ein Verbrechen oder ein Vergehen gegen die Sittlichkeit begangen worden ist, durch § 847 B.-G.-B. gewährten Buss-Ansprüche hinzukommen. Andere Verführungshandlungen werden als Delikte gegen die Geschlechtsehre, auf Grund der Verwechslung der verschiedenen Bedeutungen des Wortes Ehre, dem Begriffe der Beleidigung unterstellt. Doch darüber weiter unten.

Erst aus der Gegenüberstellung mit diesen Vorschriften des modernen Rechtes erhellt die ausserordentliche Tragweite der römischen Bestimmungen. Die in ihrer Allgemeinheit doch so klare und präzise Fassung der Norm durch *Paulus* berührt uns schon in formeller Beziehung wohltuend. Materiell aber interessiert uns vor allem der weite Umfang der Verbotes und die Tatsache seiner Aufstellung zu Gunsten des Verletzten selbst.

Das Verbot bezieht sich auf die Verleitung jeder Person, ohne Rücksicht auf deren Geschlecht und Stand. Auch das Alter macht keinen Unterschied, selbst beim männlichen Geschlechte nicht, wiewohl bei letzterem vorzugsweise von Attentaten auf Knaben die Rede ist (l. 9 § 4 D. h. t.).

Das eigentliche Gebiet der Norm sind die Vorbereitungs- und Versuchshandlungen. Ihr Vorkommen umfasst das weite Gebiet aller denkbaren Mittel der Verführung: Drohungen, Zureden, Erweckung sinnlicher Begierde, Missbrauch der geschlechtlichen Unerfahrenheit der Person, von den feinsten Mitteln der blanda oratiio bis zu den gröbsten der unzüchtigen Berührung, welche die Sinnlichkeit erwecken soll und an die persönliche Gewalt streifen kann. Dieser allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Norm gegenüber konnte der Zweck des besonderen Ediktes über die pudicitia[2]) nur der sein, der Bestrafung der Vorbereitungshandlungen

[2]) l. 15 §§ 15—24 D. h. t. cf. Lenel, Edictum perpetuum, § 192 S. 322.

die so schwer zu findende Grenze in positiver und negativer Beziehung zu geben. Das Edikt verbietet Handlungen, die als typische Mittel der Anknüpfung einer Bekanntschaft zu unlauteren Zwecken auch heute, namentlich im Strassenleben, durchaus bekannt sind. Es richtet sich gegen Unsittlichkeiten, für deren Bekämpfung durch das Mittel des Rechtes auch neuerdings wieder besonders aus der Mitte der belästigten Frauenwelt, sich Stimmen erheben[3]. Verboten wurde das appellare, bei welchem der Verführer durch gleissnerische Reden sich in die Gunst des Opfers einzuschleichen sucht (l. 15 § 20 D. h. t.), das comitem abducere, die Beseitigung des wachsamen Begleiters, (Versuch dieser Handlung reichte nicht aus, l. 15 §§ 16. 17 D. h. t.), das assectari (l. 15 § 21 D. h. t.) das beständige Nachlaufen, entweder um einen günstigen Augenblick zur Annäherung zu erhaschen, oder auch in der Absicht, den Verfolgten durch Erregung von Ungeduld zur Anknüpfung geneigter zu machen. Sollen derartige Vorschriften ihrem Zwecke dienen, so darf man ihre Anwendung nicht davon abhängig machen, dass in jedem einzelnen Falle der strikte Beweis der gegen die pudicitia gerichteten Absicht geführt werde. Wer die typische Bedeutung jener Handlungen als Mittel zu unlauterer Annäherung kennt oder kennen muss, der darf sich nicht darauf hinausreden, dass seine Absicht im konkreten Falle eine ganz harmlose gewesen sei. Nur der Nachweis einer wirklichen Berechtigung wird ihn von der Strafe befreien. Um dem Gesetz seine praktische Wirksamkeit zu sichern, war darum häufig Verurteilung auch dann nötig, wenn die auf Verführung gerichtete Absicht nicht absolut feststand. Das mochte die Jurisprudenz dazu verleiten, nach einer von jener Absicht unabhängigen Begründung zu suchen. Man fand sie in gewissen regelmässigen Nebenwirkungen, wie in der Verletzung der äusseren Würde des Auftretens (dignitas) durch Beseitigung des Begleiters, in der Rufgefährdung durch ständiges Nachlaufen. (*Ulpian* und *Labeo* l. 1 § 2 D. h. t., Ulp. l. 15 § 22 D. h. t., Paul. Coll. II. 5. 4.). Trotzdem muss daran festgehalten werden, dass auch das Spezialedikt sich gegen die Verführung richtete. Das zeigt zunächst seine Beschränkung auf die der Verführung besonders ausgesetzten

[3]) In neueren Gesetzbüchern und Entwürfen finden sich hierauf bezügliche Bestimmungen. Vergleiche unten not. 22.

Jungfrauen, Frauen und Knaben, während der erwachsene Mann, der doch an der Wahrung des würdigen Auftretens auf der Strasse zum mindesten dasselbe Interesse hatte wie jene, gar nicht erwähnt wird. Die Nebenwirkungen der Verletzung der dignitas und der fama würden wohl ferner eine gewisse Oeffentlichkeit der Handlung voraussetzen, die dem Delikte selbst nicht begriffsnotwendig ist. Denn nach Labeos Definition des comes kann die Beseitigung desselben nicht nur in publico, sondern auch in privato geschehen (l. 15 § 16 D. h. t.). Und wie leicht waren doch jene Nebenwirkungen, wenn es sich um Verführung handelte, zu vermeiden. Uebernahm ein Helfer die Rolle des Begleiters, verstand es der Täter, seinem Opfer in der Haltung eines Begleit-Sklaven oder Pädagogen stillschweigend nachzugehen, so war Dekorum und Ruf gewahrt und der Täter wäre vor der Bestrafung sicher gewesen. Weiter wird das appellare in l. 15 § 20 D. h. t. als pudicitiam adtemptare wie als adtemptare allein bezeichnet und so ausdrücklich mit der allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Norm in Verbindung gebracht[4]). Auch die Gegenüberstellung von sermone pudicitiam adtemptat und tacitus frequenter sequitur (l. 15 § 22 D. h. t.) spricht für die Identität des bezweckten Erfolges bei Verschiedenheit der Mittel. Ulpians darauf folgende Worte: adsiduo frequentia quasi praebet nonnullam infamiam wollen kein neues Tatbestandmoment angeben, sondern die Vorschrift durch Angabe ihres angeblichen gesetzgeberischen Motives begründen. Wir dürfen diesem rechtspolitischen Raisonnement Ulpians um so freier gegenüberstehen, als er in l. 1 § 2 D. h. t. auch die von Paulus so klar herausgeschälte allgemeine Norm gegen die Verführung mit der Infamation überhaupt zusammenwirft[5]). Endlich kann man sich wohl denken, dass der Praetor auf Grund des allgemeinen Ediktes von Fall zu Fall gegen grobe Belästigung auf der Strasse einschritt[6]). Beobachtet man aber, wie es sich

[4]) Wir haben keinen Grund diese Worte hier als blosse Unlusterregung durch Verletzung des Schamgefühls und nicht als Angriff auf die Charaktereigenschaft der pudicitia im Sinne der l. 10 D. h. t. zu verstehen. **Landsberg**, S. 49. 57.

[5]) Vielleicht ist aber infamare hier in einem weiteren ganz allgemeinen Sinne gebraucht, cf. l. 15 (14) § 1 D. 48. 5.

[6]) Hierüber bei der Interpretation der l. 15. § 15 D. h. t. unter „Belästigung auf der Strasse“, § 26.

überall, wo er im Injurienrechte Anlass zu einem Gesetzgebungsakte nahm, nur um durchaus schwere und typische Fälle handelt, so kann man nicht glauben, dass die Rücksicht auf jene Aeusserlichkeiten ihn allein schon zur Aufstellung eines besonderen Ediktes bewogen hätte. Auch aus diesem Grunde müssen wir als das entscheidende Moment im Spezialedikte die Beziehung auf die Verführung annehmen.

Liegt das Wesen der Handlung in der Richtung auf Umstimmung des Willens, so würde die vollzogene Umstimmung die Vollendung des Deliktes darstellen. Ob auch hier auf Grund des Satzes: volenti non fit iniuria, gegen dessen Anwendung man geltend machen könnte, dass das Wesen des Deliktes eben in der sittlichen Beschädigung besteht, die Klage versagt wurde, lässt sich aus den Quellen nicht mehr ermitteln[7]). Denn die Vollendung fiel bei Freien unter die das öffentliche Interesse wahrenden Vorschriften des crimen extraordinarium. Die Verhältnisse der Sklaven aber liegen so eigenartig (mittelbare Injurie), dass man aus ihnen irgend welchen Schluss auf die allgemeine Behandlung der Sache nicht herleiten kann. Es ist jedenfalls sicher, dass der Herr eine Injurienklage auch im Falle der gelungenen Verführung der Sklavin hatte[8]). Dies könnte eine Klage wegen Verletzung des Zuchtrechtes sein[9]) oder auch eine mittelbare Klage wegen Verletzung der Sklavin selbst. Da aber die mittelbare Klage ganz allgemein von der Einwilligung der unmittelbar Betroffenen in die Verletzung nicht berührt wird, so beweisen l. 6 § 1 D. 48. 5 und l. 25 D. h. t. für die Behandlung der vollendeten Verführung bei freien und selbständigen Personen nach dem Ediktsrechte nichts.

Es erübrigt noch, den Grund für den weiten Umfang des Schutzes aufzusuchen, welchen die Freiheit der Willensbetätigung auf geschlechtlichem Gebiete selbst gegen den Versuch oder die Vorbereitung der Beeinträchtigung genoss. Man wird ihn zunächst

[7]) Nach § 847 Abs. 2 B.-G.-B. wird der Verführer gegen die Bussklage der Verführten den Satz: volenti etc. ebensowenig anwenden dürfen, wie gegen die Strafklage aus § 182 R.-Str.-G.-B.

[8]) Dass l. 6 pr. D. 48. 5 den Fall der Verführung mitumfasst, ergibt sich aus der gleichzeitigen Gewährung der actio de servo corrupto.

[9]) Vergleiche unter „Verletzung von Gewaltrechten“ etc. S. 271.

...schlechtsleben in Rom der rechtlichen
...masse unterlag und unter strengeren
... Die allgemeine Bestrafung des
...schlafes mit der persona honesta, die
... Mass hinausgehende Strafdrohung für
... Interesse des Rechtes in erhöhtem Masse
... Handlungen zuwenden. Im Allgemeinen
...nung nur gegen Gewalt und Drohungen
... in letzterem Falle, dass der Bedrohte
... in ihm geweckten Furcht über die
... Bestimmung seines Willens behindert
... Motiv aber, das hier in Gestalt der
... eingepflanzt wird, ist in Gestalt des
... stets gegeben und gegenwärtig.
... in der menschlichen Natur und ist
... des Menschen verknüpft, dass oft
... kann, ihn mit einer die Verantwortlich-
...fesseln. Der Appell an den Geschlechts-
...weckung eines übermächtigen und die
... ausschliessenden Motives ebenso in
... Erweckung übermächtiger Furcht durch
... besteht gewiss ein grosser Unterschied
...gewaltsamen Auftreten und der Drohung
...schmeichelnden Worte, der liebkosenden Be-
...hartnäckigen Zudringlichkeit (assectari)
... psychologischen Wirkung aber sind
... lenkt ein von dem Dritten zur
...besonders starkes Motiv meinen Willen vom
... ab. Beurteilt man die Gefährlichkeit
... äusseren Erscheinung, sondern nach
... die Seele des Opfers, so muss man zu
... dass die äusserlich feinsten Mittel der
...gebiete des Geschlechtslebens hinter den
... der Beeinflussung auf anderen Gebieten
... Gefährlichkeit in nichts zurückbleiben.
... wenn ein Recht gerade auf diesem
... verbotener Beeinflussung des Willens
... anderen mensch... Handlungen... Das

mag zur Lehre von einer absoluten und für alle Richtungen seiner Betätigung gleichen Verantwortlichkeit des Menschen schlecht stimmen. Eine solche Lehre hat aber nicht verhindern können, dass auch heute zum mindesten der jugendliche Wille gegen die Beeinflussung in geschlechtlicher Beziehung in weitem Umfange geschützt ist, wobei der Grund nicht in der Unerfahrenheit liegen kann, (die ja auch für andere Gebiete des Handelns geltend gemacht werden könnte), sondern in der besonderen Stärke zu suchen ist, mit welcher geschlechtliche Motive in der Periode der Entwicklung auftreten. Die römische Norm über adtemptata pudicitia ist nur die Verallgemeinerung dieses Gedankens für alle Lebensalter beider Geschlechter unter Berücksichtigung der Stärke geschlechtlicher Motive überhaupt. Es soll jedermann ein Recht darauf haben, dass seine freie Willensbestimmung in geschlechtlichen Dingen nicht durch unbefugte Erweckung des elementaren Geschlechtstriebes beeinträchtigt werde.

Das Crimen extraordinarium.

In seinem ganzen Umfange wurde das Delikt der Verführung später mit ausserordentlicher Strafe belegt. (Paul. Sent. V. 4. 14 — l. 1 § 2 D. 47. 11)[10]). Wenn Paulus die Verführung auch als crimen extraordinarium im Zusammenhang der Injurie behandelt, so beweist dies, dass die Zugehörigkeit des Deliktes zu den Injurien nicht allein auf der Gleichheit der Sanktion und der prozessualen Behandlung basierte, sondern auch auf materiellen Momenten. Der Schwerpunkt auch des crimen extraordinarium liegt in der Verleitung, der Umstimmung des Willens. Dieser Gesichtspunkt weicht auch mit der Vollendung des Deliktes nicht demjenigen des gegen die allgemeine Sittenordnung verstossenden Keuschheitsvergehens, zu welchem die Verführung die Vorbereitung bildet. Das Delikt wird mit der Vollendung der Handlung nicht etwa gewöhnliches stuprum eines Weibes oder eines Mannes; vielmehr behält der Gesichtspunkt der Verführung den Vorrang. Das durch das Mittel der Verführung charakterisierte stuprum steht nicht unter den Vorschriften über stuprum schlechthin,

[10]) Verschiedene Versuche, den Tatbestand einzuschränken um die schwere Strafe zu rechtfertigen, sind widerlegt bei Seeger, Versuch S. 36.

Die einzige Beschränkung, die sich verteidigen lässt, ist die auf freie Personen.

sondern unter denen über vollendete Verführung. Dies ergibt sich einmal aus der Fassung des Tatbestandes in l. 1 § 2 D. 47. 11. Die Vollendung erscheint hier nur als ein die Strafe der unvollendeten Verleitung erhöhender Umstand. Zweitens aber ist die Strafe der vollendeten Verführung beim stuprum mit Frauen wenigstens wesentlich höher, als die Strafe des stuprum allein[11]). Nur bei dem getrennt behandelten adulterium (l. 1 pr. D. 47. 11 = Paul. Sent. V. 4. 13.) fiel die vollendete Handlung aus dem Rahmen der Bestimmungen über Verleitung heraus und wurde unter dem Gesichtspunkt des Ehebruches überhaupt bestraft. Die Festhaltung des Gesichtspunktes der Verführung erschien hier nicht nötig, da die in diesem Falle grössere Intensität des Verbrechens durch die später ja kapitale Strafe des adulterium ausreichende Vergeltung fand.

II.

Turpia verba.

l. 15 § 21 D. h. t.

qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur.

Die Verlautbarung von verba turpia wird hier ausdrücklich ausgeschlossen von der Subsumtion unter die Norm wider das pudicitiam adtemptare, jedoch (offenbar auf Grund des allgemeinen Ediktes) für selbständig strafbar erklärt. Was ist nun der Sinn der verba turpia und welches ist der selbständige Gesichtspunkt, unter dem die Bestrafung erfolgt? Der auf das Geschlechtliche

[11]) Inst. IV. 18. 4. Wächter, Lehrbuch d. deutsch. Str.-R. 1825 II 553.

Das stuprum mit Personen männl. Geschlechts aber scheint als solches überhaupt nicht bestraft worden zu sein, sondern nur als Notzucht oder als versuchte oder vollendete Verleitung zur Päderastie. Paul. Sent. II. 26. 12 = Coll. V. 2. 1, l. 30 § 9 D. 48. 5, l. 3 § 4 D. 48. 6.

Aus l. 9 pr. u. l. 35 § 1 D. 48. 5 glaubt Mommsen, Str.-R. S. 704 Not. 2 nicht entnehmen zu können, dass bereits die Augustische Gesetzgebung sich auch auf die Päderastie bezogen habe. Es wird dem beizustimmen sein. Eine ausdrückliche Strafdrohung für dieses Vergehen an sich ohne Rücksicht auf die Mittel der Verführung oder der Gewalt ist in Inst. IV. 18. 4 enthalten. Nimmt man aber auf Grund der l. 35 § 1 D. 48. 5 an, dass schon die spätere Jurisprudenz die Päderastie dem stuprum mit Weibern gleichstellte, so ist namentlich angesichts der nur eine Geldstrafe enthaltenden Sanktion der lexe Scantinia auch die Annahme zulässig, dass die Strafe nur die einfache Strafe des stuprum mit Weibern war.

bezügliche Inhalt der Schändlichkeiten dürfte daraus hervorgehen, dass die Anwendung der Norm über die Verführung ausdrücklicher Verwerfung bedurfte. Innerhalb dieses engeren Bedeutungskreises wiederum könnte es sich handeln, entweder um den einer bestimmten Person gemachten Vorwurf geschlechtlicher Unsittlichkeit, oder um Verlautbarung unzüchtiger Gedankeninhalte schlechthin. Der Zusammenhang mit dem vorhergehenden § 20 spricht für das Letztere. Denn dort ist bereits der gleissnerischen Rede das convicium als Schimpfwort mit offenbar geschlechtlicher Beziehung gegenübergestellt und aus dem Kreis der Verführungshandlungen ausdrücklich ausgeschlossen. Soll daher § 21 nicht die überflüssigste Wiederholung des § 20 sein, so muss der Kreis der verba turpia ausschliesslich oder zugleich andere Handlungen umfassen als Vorwürfe des angegebenen Inhaltes. Das sind eben die unzüchtigen Verlautbarungen überhaupt. Ich meine sogar, die durchaus unpersönliche Fassung qui turpibus verbis utitur, und die Vermeidung des für die Beleidigung mit Bezug auf das geschlechtliche Verhalten viel prägnanteren Ausdruckes convicium impudicum (l. 11 § 7 D. h. t.) berechtigen zur Annahme, dass mit den verba schlechthin nur unzüchtige Redensarten gemeint sind[12]).

Das „qui turpibus" ist abstrakt gefasster Tatbestand einer speziellen und selbständigen Norm. Sie gibt dem Einzelnen das Recht zu verlangen, dass niemand in seiner Gegenwart unzüchtige Redensarten führe. Die Scheidung zwischen pudicitiam adtemptare und den turpia verba zeugt von einer sehr feinen Beobachtung der betreffenden Lebensverhältnisse. Die unzüchtige Redensart wird selten das rechte Mittel der Verführung sein. Sie charakterisiert sich durch die Lust des Sprechenden am unzüchtigen Inhalt seiner Rede und sein Verlangen, diese Lust andern mit-

---

[12]) Vielleicht geht, worauf Cuiacius Comm. ad. L. 55. Pauli ad Edictum hinweist, die Ahndung dieser Handlungen auf uraltes römisches Gewohnheitsrecht zurück. Plutarch Rom. 20. 3 erwähnt das rechtlich sanktionierte Sittenverbot, vor Frauen unanständige Reden zu führen, schon für die Zeit des Romulus und Titus Tatius. Man sah hierin früher eine gesetzliche Anordnung der Könige (lex regia), bis Dirksen in seinen „Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des röm. Rechtes", Leipzig 1823 S. 271 darauf hinwies, dass Plut. die Vorschrift nicht als dem ius scriptum angehörig bezeichnet hat. l. 15 § 21 D. h. t. verbietet die Verlautbarung überhaupt, nicht blos vor Frauen.

zuteilen[13]). Es soll nun das Vorstellungs- und Gefühlsleben des Einzelnen gegen das Aufdrängen geschlechtlicher Vorstellungsinhalte und der daran sich knüpfenden Gefühle geschützt werden. Der Gesichtspunkt, unter dem der Schutz gegeben wird, kann, der doppelten Art der Aufnahme jener Vorstellungen entsprechend, ein zweifacher sein. Der Angesprochene kann es ablehnen, die unzüchtige Vorstellung zu seiner Vorstellung, die Lust an ihr zu seiner Lust zu machen; es entsteht in ihm ein Gefühl starken Widerstrebens, des Abscheus, Ekels vor dem Vorstellungsinhalt, den man ihm aufzudrängen sucht. Man spricht dann von einer ahndungswürdigen Verletzung des Schamgefühls. Es findet aber anderseits der geschlechtliche Vorstellungsinhalt im schlummernden sinnlichen Triebe des Menschen stets einen mächtigen Bundesgenossen. Mit seiner Hilfe kann er das ursprüngliche Widerstreben des anständigen Menschen schwächen oder überwinden. Der Widerspruch wird uneingestandener Massen zur Einwilligung, der Inhalt setzt sich im Zusammenhang des psychischen Lebens fest und beeinträchtigt die Reinheit der Vorstellung und des Gefühls. Dann nähert sich die Wirkung der unzüchtigen Verlautbarung dem Attentat auf die Keuschheit. Aber sie fallen nicht zusammen, da die Mittel und die bezweckten oder voraussehbaren Erfolge andere sind: Dort die Bestimmung des Willens zu einem die Keuschheit aufhebenden Entschluss, wozu vorwiegend andere Mittel dienen als unzüchtige Worte, hier die gerade der unzüchtigen Verlautbarung eigentümlichen allgemeinen Störungen lediglich des geschlechtlichen Vorstellungs- und Gefühlslebens, ohne das Erfordernis der Absicht des Täters, Handlungstendenzen hervorzurufen, um sie dem geschlechtlichen Genuss seiner selbst oder dritter Personen dienstbar zu machen.

So umgibt das Injurienrecht das geschlechtliche Leben des Einzelnen mit einem doppelten Schutzwall: einem inneren, der die Freiheit des Entschlusses und des Handelns sichert, und einem äussern, der schon das blosse Eindringen der lästigen und doch

---

[13]) Als sekundäre Entladung des geschlechtl. Affektes und Eruption des geschlechtl. Unterbewusstseins, die sich dem Zuhörer mitteilt, trefflich charakterisiert von Ehrenfels, Polit. Anthropol. Revue 1903, S. 463, 461.

Seine psychologische Konstruktion möchte ich jedoch nicht annehmen.

so gefährlichen Inhalte in das jenem inneren Bezirk vorgelagerte Gebiet des Vorstellens zu verhüten bestimmt ist.

III.

Andere Sittlichkeitsdelikte.

Sittlichkeitsdelikte können als Injurien nach deren Begriffe nur in Betracht kommen, soweit sie das Recht des Einzelnen verletzen. Daher kann das stuprum als die der rechtlich sanktionierten Sittenordnung widersprechende Geschlechtsverbindung als solches nicht Injurie sein. Es kann aber das stuprum zugleich Rechte Einzelner verletzen und zwar Rechte der stuprierten Person selbst oder solche Dritter. Die missbrauchte Person kann nicht nur durch Verführung, sondern auch durch Gewalt in der freien Verfügung über ihr Geschlechtsleben gestört werden. Diese auf inneren Gründen beruhende materielle Verwandtschaft[14]) bringt Paul. Sent. V. 4. 14 zum Ausdruck, wenn er die Notzucht, denn als solche ist die pulsatio puderis zu verstehen[15]), unter die Injurien stellt[16]). Es kann aber das Sittlichkeitsdelikt auch Rechte dritter Personen, insbesondere im Gewaltrechte enthaltene Befugnisse verletzen. Insoweit dies der Fall ist, wird es als Entführung oder Stuprierung einer gewaltunterstellten Person in dem den Injurien gegen Gewaltbefugnisse gewidmeten Abschnitte seine Behandlung finden.

---

[14]) Der Sprachgebrauch verstand das Wort iniuria in entsprechendem Zusammenhange schlechthin von der Schändung: Livius XXVI. 49. 11—12: nam ipsa extra periculum iniuriae muliebris sum, Senec. Contr. I. 5. 1: quem una nocte unius virginis iniuria non satiaverat, idem VII. 6. (21) 14. 15: immatura etiam puella nec adhuc iniuriae idonea.

[15]) Seeger, Versuch S. 37, Mommsen, Str.-R. S. 792. not. 1, S. 665. not. 1.

[16]) Darüber dass zwischen Pauli Auffassung der Notzucht als iniuria u. der in l. 3 § 4. D. 48. 6 betätigten Einreihung derselben unter die Kategorie der vis kein Widerspruch besteht, ausführlich in Teil IV Abschnitt I. In materieller Beziehung konnte der Gesichtspunkt der iniuria dem Verbrechen in seiner Richtung sowohl gegen die Freiheit überhaupt als auch gegen die geschlechtliche Selbstbestimmung insbesondere gerecht werden. Ueber Paul. V. 4. 14 und l. 3 § 4 D. 48. 6 ausführlich Wächter, Abhandlungen, 1835, S. 23 f., Luden, Abhandlungen, I. 167 f., Platner, Quaestiones, 197 f.

IV.

Sittlichkeitsdelikte und Beleidigung.

In welchem Verhältnis stehen nun die Sittlichkeitsdelikte zur Beleidigung?

Das Wesen der geschlechtlichen Delikte gegen den Einzelnen ist die verbotene Einwirkung auf die fremde Geschlechtssphäre. Die gewaltsame Unzucht, die unfreiwillige Schwächung und die Verführung richten sich direkt gegen die Freiheit der Selbstbestimmung in geschlechtlichen Dingen, der unzüchtige Griff sucht die Sinnenlust zu erregen, unkeusche Reden aber führen der fremden Seele geschlechtliche Vorstellungsinhalte zu, die ihr lästig sind und gefährlich werden können.

Das Wesen der Beleidigung besteht dem gegenüber in der Mitteilung eines spezielleren oder allgemeineren Urteils über den fremden Persönlichkeitstatbestand im Allgemeinen und, soweit es sich um die Geschlechtsehre handelt, über das Verhalten des Dritten in geschlechtlichen Dingen im Besonderen.

Man hat nun behauptet, dass zwischen der Beleidigung und den Geschlechtsdelikten Gesetzeskonkurrenz bestehe, (im Sinne des Verhältnisses von lex generalis = Beleidigung zu den leges speciales = Geschlechtsdelikte)[17]) oder auch, dass ganz allgemein mit den Geschlechtsdelikten eine Beleidigung ideell konkurriere[18]). Beide Behauptungen beruhen aber auf einer falschen Abgrenzung des Beleidigungsbegriffes. Geht man davon aus, dass jede Verletzung der Ehre, also auch die der Geschlechtsehre[19]), jede Missachtung der Person oder ihrer sittlichen Bedeutung[20]) schlechthin Beleidigung sei, ohne die verschiedenen Bedeutungen dieser Redewendungen zu unterscheiden, so kann man allerdings dazu gelangen, auch in jedem Falle des geschlechtlichen Angriffs von einer Beleidigung zu reden. Wir hatten aber oben dargelegt,

---

[17]) R.-G.-E. 19. S. 252.

[18]) **Kohler** G.-A. 47 S. 41. 42; für § 177 R.-Str.-G.: E. 24. 201 und **Frank** § 177 III, für § 179 R.-Str.-G.-B.: E. 24. 201 und **Frank** § 177 IV, **Binding** Lehrbuch I. S. 203 not. 2.; für unzüchtige Berührungen: E. 29 S. 398, **Binding**, Lb. I. S. 161. not. 3.; für unzüchtige Reden und Aufforderungen: E. 10 S. 372.; vergl. auch **Köhler**, Grenzlinien S. 97.

[19]) R.-G.-E. 24 S. 252.

[20]) **Hälschner**. Gem.-Str.-R. II, 1, S. 220.

dass diese auf den Wert einer Person bezüglichen Worte und Wendungen, Ehre, Geschlechtsehre, sittliche Bedeutung, Persönlichkeit und ihre Verletzung und Missachtung zwei Bedeutungen in sich enthalten, und dass sie dem Beleidigungsbegriff, soll er sich nicht in vager Allgemeinheit verlieren, nicht nach ihrem gesamten sprachlichen Begriffsumfange, sondern nur in ihrer Beschränkung auf die eine der beiden Bedeutungen zu Grunde gelegt werden können. Wenn man nun bei den geschlechtlichen Delikten von einer Missachtung der fremden Geschlechtsehre, der Persönlichkeit oder ihrer sittlichen Bedeutung spricht, so meint man damit die innere Tatsache, dass der Täter sich über den Achtungsanspruch der fremden (ehrbaren) Geschlechtssphäre hinwegsetzte, dass die Rücksicht auf das fremde Rechtsgut als hemmendes Motiv nicht die Kraft besass, den Entschluss zu vereiteln, sondern im Rate der Motive von dem eigenen Begehren überstimmt wurde. In diesem Sinne aber ist die Missachtung kein der Beleidigung spezifisches Moment, sondern die allgemeine Grundlage jeder Verletzung des Einzelnen überhaupt. Diejenige Missachtung, deren Aeusserung den Tatbestand der Beleidigung bildet, ist im Gegensatz hierzu das der Erkenntnis des Verhaltens der Person in geschlechtlichen Dingen entspringende Gefühl ihres geringen Wertes. Nur wenn und soweit die geschlechtlichen Delikte der Mitteilung einer solchen Erkenntnis dienen, kann von einer Konkurrenz der Beleidigung mit dem Einzelfalle des geschlechtlichen Angriffs die Rede sein.

In den Fällen der Notzucht und der unfreiwilligen Schwächung ist die Möglichkeit einer konkurrierenden Beleidigung schon nach dem Begriffe dieser Vergehen durchweg zu verneinen. Es ist in diesen Handlungen keine Spur eines ungünstigen Urteils über das geschlechtliche Verhalten des Opfers, sondern eher das Gegenteil zu finden. Anders steht es bei der unzüchtigen Aufforderung und dem Versuch der Verführung. Diese Handlungen wären sinnlos, rechnete der Täter nicht mit der Möglichkeit der Einwilligung der angegriffenen Person. Sie lassen also den Schluss auf ein ungünstiges Urteil des Täters über den Verletzten zu. Noch anders verhält es sich mit den unzüchtigen Berührungen und Redensarten. Sie werden häufig unmittelbare Aeusserungen sinnlicher Erregung sein, ohne jede Meinung des Täters über die

—

Bereitschaft des Angegriffenen sich dieselben gefallen zu lassen. Aber auch sie können mit der Hoffnung verbunden sein, dass die Tat auf fruchtbaren Boden fallen werde. Dann sind auch sie Mitteilungen einer den Angegriffenen beleidigenden Vermutung.

Das Resultat also ist, dass nur in den Fällen der Verführung und Aufforderung zur Unzucht und in denen der unzüchtigen Berührungen und Redensarten, in jenen regelmässig, in diesen häufig, der Gesichtspunkt der Beleidigung konkurrieren wird. Die Konkurrenz aber ist nicht die des allgemeinen Gesetzes mit dem besonderen. Denn der Gesichtspunkt der Beleidigung erschöpft den unsittlichen Inhalt dieser Handlungen nicht. Die Anzweifelung der Ehrbarkeit einer Person kann auch durch Mitteilung der dem Ausdruck dieses Gedankeninhaltes dienenden Worte, Schrift- oder sonstigen symbolischen Zeichen erfolgen. Das Mehr, was die hier in Frage stehenden Handlungstypen diesen Aeusserungsformen gegenüber enthalten, ist eben die Richtung der Handlung auf Beeinflussung des geschlechtlichen Innen- und Aussenlebens. Diese Richtung geht in der Beleidigung schlechthin nicht auf, sondern ist ein selbständiger neben und mit ihr zugleich in der Handlung verwirklichter Deliktstatbestand. Es liegt also insoweit echte Idealkonkurrenz zwischen einem geschlechtlichen Delikt und einer Beleidigung vor.

Dieser klare Tatbestand wird durch die Lage der heutigen Gesetzgebung verdunkelt, da das R.-Str.-G.-B. die im vorigen Absatz erwähnten Handlungen mit Ausnahme der Verführung nach § 176 No. 3 und § 182 des R.-St.-G.-B. als selbständige Sittlichkeitsdelikte nicht aufführt. Die Praxis hilft sich, um diese gewiss strafwürdigen Taten der Bestrafung zuzuführen, mit der Heranziehung des Gesichtspunktes der Beleidigung[21]), wobei nicht immer klar hervortritt, ob der Anwendung des § 185 R.-St.-G.-B. der oben zurückgewiesene vage Beleidigungsbegriff oder der Schluss auf die Anzweifelung der Ehrbarkeit des Verletzten zu Grunde gelegt wird. Der Natur der in Betracht kommenden Handlungen wird man dabei nicht gerecht, denn die, wenn auch nur versuchte, Einwirkung auf das Geschlechtsleben bleibt dabei völlig unberücksichtigt, obwohl sie nicht nur gleichberechtigt neben

[21]) R.-G.-E. 10. S. 372 und 29. S. 398.

dem Gesichtspunkt der Beleidigung steht, sondern auch abgesehen von diesem für sich allein die Bestrafung rechtfertigen und darum für die Qualifikation der Handlung als eines selbständigen Deliktes massgebend werden könnte[22]).

V.

Die Stellung der Sittlichkeitsdelikte im Injuriensystem.

Es besteht aber jedenfalls kein Anlass, aus dieser Not des heutigen Rechtes für die Interpretation des römischen ein Gebot zu machen und auch die Bedeutung des facere, ut ex pudico impudicus fiat, sowie der verba turpia in der aus ihnen unter Umständen erschliessbaren Anzweiflung der Ehrbarkeit zu suchen. Vielleicht trägt der Umstand, dass die beiden Tatbestände als Glieder der Injurienfamilie überliefert sind, in Verbindung mit der Identifikation dieser Kategorie mit unserem Vergehen der Ehrenbeleidigung die Schuld an jener Unvollkommenheit des heutigen Rechtes. Aber bei der Darstellung der Tatbestände nach Massgabe der Quellen hat sich nirgends die Abhängigkeit der entwickelten Normen von denen wider die Ehrenbeleidigung ergeben. Paulus Definition l. 10 D. h. t. insbesondere weist uns an, das Wesen des Deliktes in seiner Richtung gegen die Keuschheit zu suchen, und auch bei den turpia verba hatten wir dargelegt, dass ihr Verbot von dem der Beleidigung mit geschlechtlichem Inhalt ausdrücklich geschieden wird. Wir haben es hier mit Injurien zu tun, die innerhalb des Systems durchaus selbstständig und nichts anderes sind, als Sittlichkeitsdelikte[23]).

[22]) Unzüchtige Zumutungen erkennen als selbständiges Delikt an: der Schweizer Entwurf Art. 223. und der Norwegische Entwurf § 378, beide jedoch unter Betonung des Momentes der Oeffentlichkeit.

[23]) Damit sind auch die Auffassungen derjenigen Schriftsteller widerlegt, welche den als Injurie strafbaren Versuch der Verführung, ohne ihn gerade der Norm wider die Ehrenbeleidigung unterzuordnen, doch als „blosse Injurie" (Seeger 36), „Beleidigung", (Luden 247), „moralische Schändlichkeit", (Zachariae I 152. 153), in einen unklar gedachten materiellen Gegensatz zur Natur der Sittlichkeitsdelikte oder ihrer Versuche (Cropp, de conat. 1813 stellt vollendete Injurie und versuchtes Sittlichkeitsdelikt gegenüber) bringen wollen.

darin finden, dass das Geschlechtsleben in Rom der rechtlichen Regelung in grösserem Masse unterlag und unter strengeren Sanktionen stand, wie heute. Die allgemeine Bestrafung des einfachen unehelichen Beischlafes mit der persona honesta, die weit über das heutige Mass hinausgehende Strafdrohung für Päderastie musste das Interesse des Rechtes in erhöhtem Masse auch den vorbereitenden Handlungen zuwenden. Im Allgemeinen wird die freie Willensbestimmung nur gegen Gewalt und Drohungen geschützt. Der Grund ist in letzterem Falle, dass der Bedrohte durch die Uebermacht der in ihm geweckten Furcht über die andern Motive in der freien Bestimmung seines Willens behindert wird. Das übermächtige Motiv aber, das hier in Gestalt der Furcht dem Bedrohten erst eingepflanzt wird, ist in Gestalt des Geschlechtstriebes im Menschen stets gegeben und gegenwärtig. Dieser Trieb wurzelt so tief in der menschlichen Natur und ist so eng mit dem ganzen Leben des Menschen verknüpft, dass oft der geringste Anlass genügen kann, ihn mit einer die Verantwortlichkeit trübenden Macht zu entfesseln. Der Appell an den Geschlechtstrieb kann daher als Erweckung eines übermächtigen und die vollkommen freie Betätigung ausschliessenden Motives ebenso in Betracht kommen als die Erweckung übermächtiger Furcht durch Drohungen. Aeusserlich besteht gewiss ein grosser Unterschied zwischen dem rohen, gewaltsamen Auftreten und der Drohung einerseits, dem einschmeichelnden Worte, der liebkosenden Berührung, der blossen, hartnäckigen Zudringlichkeit (assectari) andererseits. In der inneren psychologischen Wirkung aber sind sich beide ähnlich. Beidemale lenkt ein von dem Dritten zur Wirkung gebrachtes, besonders starkes Motiv meinen Willen vom Handeln nach eigenem Gesetz ab. Beurteilt man die Gefährlichkeit des Mittels nicht nach seiner äusseren Erscheinung, sondern nach seiner Wirkungskraft auf die Seele des Opfers, so muss man zu dem Resultate gelangen, dass die äusserlich feinsten Mittel der Verleitung auf dem Gebiete des Geschlechtslebens hinter den äusserlich rohesten Mitteln der Beeinflussung auf anderen Gebieten menschlicher Betätigung an Gefährlichkeit in nichts zurückbleiben. Es ist darum begreiflich, wenn ein Recht gerade auf diesem Gebiete den Kreis rechtlich verbotener Beeinflussung des Willens viel weiter zieht als bei anderen menschlichen Handlungen. Das

mag zur Lehre von einer absoluten und für alle Richtungen seiner Betätigung gleichen Verantwortlichkeit des Menschen schlecht stimmen. Eine solche Lehre hat aber nicht verhindern können, dass auch heute zum mindesten der jugendliche Wille gegen die Beeinflussung in geschlechtlicher Beziehung in weitem Umfange geschützt ist, wobei der Grund nicht in der Unerfahrenheit liegen kann, (die ja auch für andere Gebiete des Handelns geltend gemacht werden könnte), sondern in der besonderen Stärke zu suchen ist, mit welcher geschlechtliche Motive in der Periode der Entwicklung auftreten. Die römische Norm über adtemptata pudicitia ist nur die Verallgemeinerung dieses Gedankens für alle Lebensalter beider Geschlechter unter Berücksichtigung der Stärke geschlechtlicher Motive überhaupt. Es soll jedermann ein Recht darauf haben. dass seine freie Willensbestimmung in geschlechtlichen Dingen nicht durch unbefugte Erweckung des elementaren Geschlechtstriebes beeinträchtigt werde.

Das Crimen extraordinarium.

In seinem ganzen Umfange wurde das Delikt der Verführung später mit ausserordentlicher Strafe belegt. (Paul. Sent. V. 4. 14 — l. 1 § 2 D. 47. 11)[10]. Wenn Paulus die Verführung auch als crimen extraordinarium im Zusammenhang der Injurie behandelt, so beweist dies, dass die Zugehörigkeit des Deliktes zu den Injurien nicht allein auf der Gleichheit der Sanktion und der prozessualen Behandlung basierte, sondern auch auf materiellen Momenten. Der Schwerpunkt auch des crimen extraordinarium liegt in der Verleitung, der Umstimmung des Willens. Dieser Gesichtspunkt weicht auch mit der Vollendung des Deliktes nicht demjenigen des gegen die allgemeine Sittenordnung verstossenden Keuschheitsvergehens, zu welchem die Verführung die Vorbereitung bildet. Das Delikt wird mit der Vollendung der Handlung nicht etwa gewöhnliches stuprum eines Weibes oder eines Mannes; vielmehr behält der Gesichtspunkt der Verführung den Vorrang. Das durch das Mittel der Verführung charakterisierte stuprum steht nicht unter den Vorschriften über stuprum schlechthin.

---

[10]) Verschiedene Versuche, den Tatbestand einzuschränken um die schwere Strafe zu rechtfertigen, sind widerlegt bei Seeger, Versuch S. 36.

Die einzige Beschränkung, die sich verteidigen lässt, ist die auf freie Personen.

sondern unter denen über vollendete Verführung. Dies ergibt sich einmal aus der Fassung des Tatbestandes in l. 1 § 2 D. 47. 11. Die Vollendung erscheint hier nur als ein die Strafe der unvollendeten Verleitung erhöhender Umstand. Zweitens aber ist die Strafe der vollendeten Verführung beim stuprum mit Frauen wenigstens wesentlich höher, als die Strafe des stuprum allein[11]). Nur bei dem getrennt behandelten adulterium (l. 1 pr. D. 47. 11 = Paul. Sent. V. 4. 13.) fiel die vollendete Handlung aus dem Rahmen der Bestimmungen über Verleitung heraus und wurde unter dem Gesichtspunkt des Ehebruches überhaupt bestraft. Die Festhaltung des Gesichtspunktes der Verführung erschien hier nicht nötig, da die in diesem Falle grössere Intensität des Verbrechens durch die später ja kapitale Strafe des adulterium ausreichende Vergeltung fand.

II.

Turpia verba.

l. 15 § 21 D. h. t.

qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur.

Die Verlautbarung von verba turpia wird hier ausdrücklich ausgeschlossen von der Subsumtion unter die Norm wider das pudicitiam adtemptare, jedoch (offenbar auf Grund des allgemeinen Ediktes) für selbständig strafbar erklärt. Was ist nun der Sinn der verba turpia und welches ist der selbständige Gesichtspunkt, unter dem die Bestrafung erfolgt? Der auf das Geschlechtliche

---

[11]) Inst. IV. 18. 4. Wächter, Lehrbuch d. deutsch. Str.-R. 1825 II 553. Das stuprum mit Personen männl. Geschlechts aber scheint als solches überhaupt nicht bestraft worden zu sein, sondern nur als Notzucht oder als versuchte oder vollendete Verleitung zur Päderastie. Paul. Sent. II. 26. 12 = Coll. V. 2. 1, l. 30 § 9 D. 48. 5, l. 3 § 4 D. 48. 6.

Aus l. 9 pr. u. l. 35 § 1 D. 48. 5 glaubt Mommsen, Str.-R. S. 704 Not. 2 nicht entnehmen zu können, dass bereits die Augustische Gesetzgebung sich auch auf die Päderastie bezogen habe. Es wird dem beizustimmen sein. Eine ausdrückliche Strafdrohung für dieses Vergehen an sich ohne Rücksicht auf die Mittel der Verführung oder der Gewalt ist in Inst. IV. 18. 4 enthalten. Nimmt man aber auf Grund der l. 35 § 1 D. 48. 5 an, dass schon die spätere Jurisprudenz die Päderastie dem stuprum mit Weibern gleichstellte, so ist namentlich angesichts der nur eine Geldstrafe enthaltenden Sanktion der lexe Scantinia auch die Annahme zulässig, dass die Strafe nur die einfache Strafe des stuprum mit Weibern war.

bezügliche Inhalt der Schändlichkeiten dürfte daraus hervorgehen, dass die Anwendung der Norm über die Verführung ausdrücklicher Verwerfung bedurfte. Innerhalb dieses engeren Bedeutungskreises wiederum könnte es sich handeln, entweder um den einer bestimmten Person gemachten Vorwurf geschlechtlicher Unsittlichkeit, oder um Verlautbarung unzüchtiger Gedankeninhalte schlechthin. Der Zusammenhang mit dem vorhergehenden § 20 spricht für das Letztere. Denn dort ist bereits der gleissnerischen Rede das convicium als Schimpfwort mit offenbar geschlechtlicher Beziehung gegenübergestellt und aus dem Kreis der Verführungshandlungen ausdrücklich ausgeschlossen. Soll daher § 21 nicht die überflüssigste Wiederholung des § 20 sein, so muss der Kreis der verba turpia ausschliesslich oder zugleich andere Handlungen umfassen als Vorwürfe des angegebenen Inhaltes. Das sind eben die unzüchtigen Verlautbarungen überhaupt. Ich meine sogar, die durchaus unpersönliche Fassung qui turpibus verbis utitur, und die Vermeidung des für die Beleidigung mit Bezug auf das geschlechtliche Verhalten viel prägnanteren Ausdruckes convicium impudicum (l. 11 § 7 D. h. t.) berechtigen zur Annahme, dass mit den verba schlechthin nur unzüchtige Redensarten gemeint sind[12]).

Das „qui turpibus" ist abstrakt gefasster Tatbestand einer speziellen und selbständigen Norm. Sie gibt dem Einzelnen das Recht zu verlangen, dass niemand in seiner Gegenwart unzüchtige Redensarten führe. Die Scheidung zwischen pudicitiam adtemptare und den turpia verba zeugt von einer sehr feinen Beobachtung der betreffenden Lebensverhältnisse. Die unzüchtige Redensart wird selten das rechte Mittel der Verführung sein. Sie charakterisiert sich durch die Lust des Sprechenden am unzüchtigen Inhalt seiner Rede und sein Verlangen, diese Lust andern mit-

---

[12]) Vielleicht geht, worauf Cuiacius Comm. ad. L. 55. Pauli ad Edictum hinweist, die Ahndung dieser Handlungen auf uraltes römisches Gewohnheitsrecht zurück. Plutarch Rom. 20. 3 erwähnt das rechtlich sanktionierte Sittenverbot, vor Frauen unanständige Reden zu führen, schon für die Zeit des Romulus und Titus Tatius. Man sah hierin früher eine gesetzliche Anordnung der Könige (lex regia), bis Dirksen in seinen „Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des röm. Rechtes", Leipzig 1823 S. 271 darauf hinwies, dass Plut. die Vorschrift nicht als dem ius scriptum angehörig bezeichnet hat. l. 15 § 21 D. h. t. verbietet die Verlautbarung überhaupt, nicht blos vor Frauen.

zuteilen[13]). Es soll nun das Vorstellungs- und Gefühlsleben des Einzelnen gegen das Aufdrängen geschlechtlicher Vorstellungsinhalte und der daran sich knüpfenden Gefühle geschützt werden. Der Gesichtspunkt, unter dem der Schutz gegeben wird, kann, der doppelten Art der Aufnahme jener Vorstellungen entsprechend, ein zweifacher sein. Der Angesprochene kann es ablehnen, die unzüchtige Vorstellung zu seiner Vorstellung, die Lust an ihr zu seiner Lust zu machen; es entsteht in ihm ein Gefühl starken Widerstrebens, des Abscheus, Ekels vor dem Vorstellungsinhalt, den man ihm aufzudrängen sucht. Man spricht dann von einer ahndungswürdigen Verletzung des Schamgefühls. Es findet aber anderseits der geschlechtliche Vorstellungsinhalt im schlummernden sinnlichen Triebe des Menschen stets einen mächtigen Bundesgenossen. Mit seiner Hilfe kann er das ursprüngliche Widerstreben des anständigen Menschen schwächen oder überwinden. Der Widerspruch wird uneingestandener Massen zur Einwilligung, der Inhalt setzt sich im Zusammenhang des psychischen Lebens fest und beeinträchtigt die Reinheit der Vorstellung und des Gefühls. Dann nähert sich die Wirkung der unzüchtigen Verlautbarung dem Attentat auf die Keuschheit. Aber sie fallen nicht zusammen, da die Mittel und die bezweckten oder voraussehbaren Erfolge andere sind: Dort die Bestimmung des Willens zu einem die Keuschheit aufhebenden Entschluss, wozu vorwiegend andere Mittel dienen als unzüchtige Worte, hier die gerade der unzüchtigen Verlautbarung eigentümlichen allgemeinen Störungen lediglich des geschlechtlichen Vorstellungs- und Gefühlslebens, ohne das Erfordernis der Absicht des Täters, Handlungstendenzen hervorzurufen, um sie dem geschlechtlichen Genuss seiner selbst oder dritter Personen dienstbar zu machen.

So umgibt das Injurienrecht das geschlechtliche Leben des Einzelnen mit einem doppelten Schutzwall: einem inneren, der die Freiheit des Entschlusses und des Handelns sichert, und einem äussern, der schon das blosse Eindringen der lästigen und doch

---

[13]) Als sekundäre Entladung des geschlechtl. Affektes und Eruption des geschlechtl. Unterbewusstseins, die sich dem Zuhörer mitteilt, trefflich charakterisiert von Ehrenfels, Polit. Anthropol. Revue 1903, S. 463, 461.

Seine psychologische Konstruktion möchte ich jedoch nicht annehmen.

so gefährlichen Inhalte in das jenem inneren Bezirk vorgelagerte Gebiet des Vorstellens zu verhüten bestimmt ist.

III.

Andere Sittlichkeitsdelikte.

Sittlichkeitsdelikte können als Injurien nach deren Begriffe nur in Betracht kommen, soweit sie das Recht des Einzelnen verletzen. Daher kann das stuprum als die der rechtlich sanktionierten Sittenordnung widersprechende Geschlechtsverbindung als solches nicht Injurie sein. Es kann aber das stuprum zugleich Rechte Einzelner verletzen und zwar Rechte der stuprierten Person selbst oder solche Dritter. Die missbrauchte Person kann nicht nur durch Verführung, sondern auch durch Gewalt in der freien Verfügung über ihr Geschlechtsleben gestört werden. Diese auf inneren Gründen beruhende materielle Verwandtschaft[14]) bringt Paul. Sent. V. 4. 14 zum Ausdruck, wenn er die Notzucht, denn als solche ist die pulsatio puderis zu verstehen[15]), unter die Injurien stellt[16]). Es kann aber das Sittlichkeitsdelikt auch Rechte dritter Personen, insbesondere im Gewaltrechte enthaltene Befugnisse verletzen. Insoweit dies der Fall ist, wird es als Entführung oder Stuprierung einer gewaltunterstellten Person in dem den Injurien gegen Gewaltbefugnisse gewidmeten Abschnitte seine Behandlung finden.

---

[14]) Der Sprachgebrauch verstand das Wort iniuria in entsprechendem Zusammenhange schlechthin von der Schändung: Livius XXVI. 49. 11—12: nam ipsa extra periculum iniuriae muliebris sum, Senec. Contr. I. 5. 1: quem una nocte unius virginis iniuria non satiaverat, idem VII. 6. (21) 14. 15: immatura etiam puella nec adhuc iniuriae idonea.

[15]) Seeger, Versuch S. 37, Mommsen, Str.-R. S. 792. not. 1, S. 665. not. 1.

[16]) Darüber dass zwischen Pauli Auffassung der Notzucht als iniuria u. der in l. 3 § 4. D. 48. 6 betätigten Einreihung derselben unter die Kategorie der vis kein Widerspruch besteht, ausführlich in Teil IV Abschnitt I. In materieller Beziehung konnte der Gesichtspunkt der iniuria dem Verbrechen in seiner Richtung sowohl gegen die Freiheit überhaupt als auch gegen die geschlechtliche Selbstbestimmung insbesondere gerecht werden. Ueber Paul. V. 4. 14 und l. 3 § 4 D. 48. 6 ausführlich Wächter, Abhandlungen, 1835, S. 23 f., Luden, Abhandlungen, I. 167 f., Platner, Quaestiones, 197 f.

IV.

Sittlichkeitsdelikte und Beleidigung.

In welchem Verhältnis stehen nun die Sittlichkeitsdelikte zur Beleidigung?

Das Wesen der geschlechtlichen Delikte gegen den Einzelnen ist die verbotene Einwirkung auf die fremde Geschlechtssphäre. Die gewaltsame Unzucht, die unfreiwillige Schwächung und die Verführung richten sich direkt gegen die Freiheit der Selbstbestimmung in geschlechtlichen Dingen, der unzüchtige Griff sucht die Sinnenlust zu erregen, unkeusche Reden aber führen der fremden Seele geschlechtliche Vorstellungsinhalte zu, die ihr lästig sind und gefährlich werden können.

Das Wesen der Beleidigung besteht dem gegenüber in der Mitteilung eines spezielleren oder allgemeineren Urteils über den fremden Persönlichkeitstatbestand im Allgemeinen und, soweit es sich um die Geschlechtsehre handelt, über das Verhalten des Dritten in geschlechtlichen Dingen im Besonderen.

Man hat nun behauptet, dass zwischen der Beleidigung und den Geschlechtsdelikten Gesetzeskonkurrenz bestehe, (im Sinne des Verhältnisses von lex generalis = Beleidigung zu den leges speciales = Geschlechtsdelikte)[17]) oder auch, dass ganz allgemein mit den Geschlechtsdelikten eine Beleidigung ideell konkurriere[18]). Beide Behauptungen beruhen aber auf einer falschen Abgrenzung des Beleidigungsbegriffes. Geht man davon aus, dass jede Verletzung der Ehre, also auch die der Geschlechtsehre[19]), jede Missachtung der Person oder ihrer sittlichen Bedeutung[20]) schlechthin Beleidigung sei, ohne die verschiedenen Bedeutungen dieser Redewendungen zu unterscheiden, so kann man allerdings dazu gelangen, auch in jedem Falle des geschlechtlichen Angriffs von einer Beleidigung zu reden. Wir hatten aber oben dargelegt,

---

[17]) R.-G.-E. 19. S. 252.

[18]) Kohler G.-A. 47 S. 41. 42; für § 177 R.-Str.-G.: E. 24. 201 und Frank § 177 III, für § 179 R.-Str.-G.-B.: E. 24. 201 und Frank § 177 IV, Binding Lehrbuch I. S. 203 not. 2.; für unzüchtige Berührungen: E. 29 S. 398, Binding, Lb. I. S. 161. not. 3.; für unzüchtige Reden und Aufforderungen: E. 10 S. 372.; vergl. auch Köhler, Grenzlinien S. 97.

[19]) R.-G.-E. 24 S. 252.

[20]) Hälschner, Gem.-Str.-R. II, 1, S. 220.

dass diese auf den Wert einer Person bezüglichen Worte und Wendungen, Ehre, Geschlechtsehre, sittliche Bedeutung, Persönlichkeit und ihre Verletzung und Missachtung zwei Bedeutungen in sich enthalten, und dass sie dem Beleidigungsbegriff, soll er sich nicht in vager Allgemeinheit verlieren, nicht nach ihrem gesamten sprachlichen Begriffsumfange, sondern nur in ihrer Beschränkung auf die eine der beiden Bedeutungen zu Grunde gelegt werden können. Wenn man nun bei den geschlechtlichen Delikten von einer Missachtung der fremden Geschlechtsehre, der Persönlichkeit oder ihrer sittlichen Bedeutung spricht, so meint man damit die innere Tatsache, dass der Täter sich über den Achtungsanspruch der fremden (ehrbaren) Geschlechtssphäre hinwegsetzte, dass die Rücksicht auf das fremde Rechtsgut als hemmendes Motiv nicht die Kraft besass, den Entschluss zu vereiteln, sondern im Rate der Motive von dem eigenen Begehren überstimmt wurde. In diesem Sinne aber ist die Missachtung kein der Beleidigung spezifisches Moment, sondern die allgemeine Grundlage jeder Verletzung des Einzelnen überhaupt. Diejenige Missachtung, deren Aeusserung den Tatbestand der Beleidigung bildet, ist im Gegensatz hierzu das der Erkenntnis des Verhaltens der Person in geschlechtlichen Dingen entspringende Gefühl ihres geringen Wertes. Nur wenn und soweit die geschlechtlichen Delikte der Mitteilung einer solchen Erkenntnis dienen, kann von einer Konkurrenz der Beleidigung mit dem Einzelfalle des geschlechtlichen Angriffs die Rede sein.

In den Fällen der Notzucht und der unfreiwilligen Schwächung ist die Möglichkeit einer konkurrierenden Beleidigung schon nach dem Begriffe dieser Vergehen durchweg zu verneinen. Es ist in diesen Handlungen keine Spur eines ungünstigen Urteils über das geschlechtliche Verhalten des Opfers, sondern eher das Gegenteil zu finden. Anders steht es bei der unzüchtigen Aufforderung und dem Versuch der Verführung. Diese Handlungen wären sinnlos, rechnete der Täter nicht mit der Möglichkeit der Einwilligung der angegriffenen Person. Sie lassen also den Schluss auf ein ungünstiges Urteil des Täters über den Verletzten zu. Noch anders verhält es sich mit den unzüchtigen Berührungen und Redensarten. Sie werden häufig unmittelbare Aeusserungen sinnlicher Erregung sein, ohne jede Meinung des Täters über die

Bereitschaft des Angegriffenen sich dieselben gefallen zu lassen. Aber auch sie können mit der Hoffnung verbunden sein, dass die Tat auf fruchtbaren Boden fallen werde. Dann sind auch sie Mitteilungen einer den Angegriffenen beleidigenden Vermutung.

Das Resultat also ist, dass nur in den Fällen der Verführung und Aufforderung zur Unzucht und in denen der unzüchtigen Berührungen und Redensarten, in jenen regelmässig, in diesen häufig, der Gesichtspunkt der Beleidigung konkurrieren wird. Die Konkurrenz aber ist nicht die des allgemeinen Gesetzes mit dem besonderen. Denn der Gesichtspunkt der Beleidigung erschöpft den unsittlichen Inhalt dieser Handlungen nicht. Die Anzweifelung der Ehrbarkeit einer Person kann auch durch Mitteilung der dem Ausdruck dieses Gedankeninhaltes dienenden Worte, Schrift- oder sonstigen symbolischen Zeichen erfolgen. Das Mehr, was die hier in Frage stehenden Handlungstypen diesen Aeusserungsformen gegenüber enthalten, ist eben die Richtung der Handlung auf Beeinflussung des geschlechtlichen Innen- und Aussenlebens. Diese Richtung geht in der Beleidigung schlechthin nicht auf, sondern ist ein selbständiger neben und mit ihr zugleich in der Handlung verwirklichter Deliktstatbestand. Es liegt also insoweit echte Idealkonkurrenz zwischen einem geschlechtlichen Delikt und einer Beleidigung vor.

Dieser klare Tatbestand wird durch die Lage der heutigen Gesetzgebung verdunkelt, da das R.-Str.-G.-B. die im vorigen Absatz erwähnten Handlungen mit Ausnahme der Verführung nach § 176 No. 3 und § 182 des R.-St.-G.-B. als selbständige Sittlichkeitsdelikte nicht aufführt. Die Praxis hilft sich, um diese gewiss strafwürdigen Taten der Bestrafung zuzuführen, mit der Heranziehung des Gesichtspunktes der Beleidigung[21]), wobei nicht immer klar hervortritt, ob der Anwendung des § 185 R.-St.-G.-B. der oben zurückgewiesene vage Beleidigungsbegriff oder der Schluss auf die Anzweifelung der Ehrbarkeit des Verletzten zu Grunde gelegt wird. Der Natur der in Betracht kommenden Handlungen wird man dabei nicht gerecht, denn die, wenn auch nur versuchte, Einwirkung auf das Geschlechtsleben bleibt dabei völlig unberücksichtigt, obwohl sie nicht nur gleichberechtigt neben

21) R.-G.-E. 10. S. 372 und 29. S. 398.

dem Gesichtspunkt der Beleidigung steht, sondern auch abgesehen von diesem für sich allein die Bestrafung rechtfertigen und darum für die Qualifikation der Handlung als eines selbständigen Deliktes massgebend werden könnte[22]).

V.

Die Stellung der Sittlichkeitsdelikte im Injuriensystem.

Es besteht aber jedenfalls kein Anlass, aus dieser Not des heutigen Rechtes für die Interpretation des römischen ein Gebot zu machen und auch die Bedeutung des facere, ut ex pudico impudicus fiat, sowie der verba turpia in der aus ihnen unter Umständen erschliessbaren Anzweiflung der Ehrbarkeit zu suchen. Vielleicht trägt der Umstand, dass die beiden Tatbestände als Glieder der Injurienfamilie überliefert sind, in Verbindung mit der Identifikation dieser Kategorie mit unserem Vergehen der Ehrenbeleidigung die Schuld an jener Unvollkommenheit des heutigen Rechtes. Aber bei der Darstellung der Tatbestände nach Massgabe der Quellen hat sich nirgends die Abhängigkeit der entwickelten Normen von denen wider die Ehrenbeleidigung ergeben. Paulus Definition l. 10 D. h. t. insbesondere weist uns an, das Wesen des Deliktes in seiner Richtung gegen die Keuschheit zu suchen, und auch bei den turpia verba hatten wir dargelegt, dass ihr Verbot von dem der Beleidigung mit geschlechtlichem Inhalt ausdrücklich geschieden wird. Wir haben es hier mit Injurien zu tun, die innerhalb des Systems durchaus selbstständig und nichts anderes sind, als Sittlichkeitsdelikte[23]).

[22]) Unzüchtige Zumutungen erkennen als selbständiges Delikt an: der Schweizer Entwurf Art. 223. und der Norwegische Entwurf § 378, beide jedoch unter Betonung des Momentes der Oeffentlichkeit.

[23]) Damit sind auch die Auffassungen derjenigen Schriftsteller widerlegt, welche den als Injurie strafbaren Versuch der Verführung, ohne ihn gerade der Norm wider die Ehrenbeleidigung unterzuordnen, doch als „blosse Injurie“ (Seeger 36), „Beleidigung“, (Luden 247), „moralische Schändlichkeit“, (Zachariae I 152. 153), in einen unklar gedachten materiellen Gegensatz zur Natur der Sittlichkeitsdelikte oder ihrer Versuche (Cropp, de conat. 1813 stellt vollendete Injurie und versuchtes Sittlichkeitsdelikt gegenüber) bringen wollen.

Anhang.

I.

Eine engere Verwandtschaft zwischen der Beleidigung und den Sittlichkeitsdelikten gegen den Einzelnen sucht nachzuweisen *Haelschner,* Deutsches Strafrecht II. S. 221. Er zählt mehrere Analogien zwischen der Ehrenbeleidigung und den Delikten gegen die Sittlichkeit der Person auf. Zwar beeilt er sich, bei jeder auch sofort den Unterschied hervorzuheben; aber schon jene Analogien selbst beruhen, wenn man näher zusieht, weit mehr auf der Gleichheit des Wortes, denn auf der Aehnlichkeit der Sache selbst. 1.) In beiden Fällen soll die „sittliche Bedeutung der Person" das Objekt des Angriffs bilden. Aber sittliche Bedeutung heisst einerseits die durch das sittliche Verhalten der Person begründete Bedeutung derselben; in diesem Sinne ist sie Gegenstand von Urteilen Dritter und Objekt der Beleidigung. Andererseits heisst sittliche Bedeutung die Würde der Person, ihr Anspruch immer nur als Zweck, niemals als Mittel zur Befriedigung fremder Zwecke, hier der Geschlechtslust, in Betracht zu kommen. In diesem Sinne ist sie Angriffsobjekt der Geschlechtsdelikte nicht minder, wie aller anderen Vergehen gegen die Person. 2.) Gemeinsam soll ferner sein der animus iniuriandi des Täters, als Bewusstsein, die Person in ihrem sittlichen Selbstgefühl zu verletzen. Aber dieses sittliche Selbstgefühl bezeichnet wiederum zwei durchaus verschiedene Gefühlserlebnisse, welche der soeben entwickelten Unterscheidung innerhalb des Begriffs „sittliche Bedeutung" durchaus entsprechen. Es ist teils das dem eigenen sittlichen Verhalten entsprechende Ehrgefühl, teils das Bewusstsein des Anspruches meiner Geschlechtssphäre auf Schonung durch Dritte, welches durch die Verletzung gekränkt, gedemütigt wird. Ein Selbstgefühl im letzteren Sinne begleitet aber auch meinen Anspruch auf Schonung meiner körperlichen Integrität, meines Hausfriedens, meiner Freiheit. 3.) Endlich die seelische Unlust, die er speziell mit dem zusammenfassenden Ausdruck „Kränkung der Ehre" belegt. Die seelische Unlust darüber, dass ein anderer ein falsches, ungünstiges Urteil über mein geschlechtliches Verhalten äussert, ist aber wesentlich verschieden von der Reue über das unsittliche Verhalten, zu dem ich verführt

worden bin, oder von dem spezifischen und besonders starken Gefühl des Unbehagens, welches in demjenigen zurückbleibt, der wider seinen Willen als Mittel zur Befriedigung fremder Geschlechtslust gedient hat. Gemeinsam ist allen diesen Gefühlen nur, dass sie Gefühle seelischer Unlust mit einer Beziehung auf das Geschlechtsleben sind. Der Ausdruck Kränkung der Ehre ist hier nur ein gemeinsames sprachliches Symbol für drei durchaus verschiedene Dinge. Ein ihm entsprechender Begriff der Beleidigung müsste nicht nur alle Beleidigungen im engern Sinne und alle Vergehen gegen die Person umfassen, sondern darüber hinaus auch jede Verführung oder Anstiftung zu schlechtem Verhalten, das die Ehre des Verführten mindert und von ihm bereut wird, sowie ferner alle Verletzungen überhaupt, die eine intensive und fortdauernde seelische Unlust auslösen.

II.

Neben der Gleichheit der sprachlichen Bezeichnung, aber zum Teil diese bedingend, kommen als Gründe der bekämpften Erstreckung des Beleidigungsbegriffes folgende Tatsachen in Betracht: 1) Das eigentliche geschlechtliche Delikt gefährdet den Ruf der angegriffenen Person und zwar, wenn sie eingewilligt hat, allgemein, aber auch wenn sie es nicht getan hat, nach einem ethisch durchaus verwerflichen, aber verbreiteten Vorurteil. Es ist aber nicht angängig, alle Handlungen, welche auf einem beliebigen Wege oder Umwege in eine Minderung des Ansehens der Person ausmünden können, zu den Beleidigungen zu zählen. Jede Anstiftung oder Verführung zu unsittlichem Verhalten, jeder Diebstahl, der den Reichen seines Vermögens vollständig beraubt und ihm damit die vielleicht einzige Grundlage seines Ansehens nimmt, würde dann Beleidigung sein. Soll der Begriff sich nicht ins Ungemessene verlieren, so müssen wir daran festhalten, dass nur die Mitteilung des Urteils über den Persönlichkeitstatbestand als Mittel der Rufminderung in Betracht kommen kann. 2) Das Vorhandensein der Geschlechtsehre im Sinne der Verwirklichung der Gebote der Sittlichkeit im geschlechtlichen Verhalten kann von einer Gesetzgebung zur Voraussetzung der Ansprüche auf Schonung der Geschlechtssphäre durch Dritte erhoben werden. (Das deutsche Recht kennt im § 185 R.-Str.-G.-B., abweichend

von früheren Rechten, dieses Erfordernis für die Notzucht nicht). Dann kann nur die ehrbare Person beleidigt und Objekt eines Geschlechtsdeliktes werden. Aber die Verschiedenheit im Typus der Handlungen wird durch die Gleichheit dieser Voraussetzung in der verletzten Person nicht aufgehoben. Bei der Beleidigung handelt es sich um Mitteilung des Urteils über das geschlechtliche Verhalten, beim Sittlichkeitsdelikt um die Einwirkung auf die Geschlechtssphäre selbst.

III.

Eine prägnante Fassung der Bedeutung der Geschlechtssphäre als Objekt der geschlechtlichen Delikte gibt *Binding*, Lehrbuch, S. 194, wenn er sagt, die Geschlechtsehre bestehe ferner darin: „auch nicht als Objekt oder Werkzeug fremder Wollust gedient zu haben," ich möchte lieber sagen: „zu dienen". Die Geschlechtsehre als der durch ihr eigenes sittliches Verhalten bedingte Wert der Person umfasst die beiden anderen Momente, die Binding hervorhebt: Regelung des eigenen Geschlechtslebens innerhalb der Schranken von Recht und Sitte — Nichtverletzung fremder Geschlechtsehre behufs Erregung, Steigerung oder Befriedigung des Geschlechtsbetriebes. Im letzteren Sinne ist die Geschlechtsehre nach unseren obigen Darlegungen nur Objekt der Beleidigung.

§ 17.

5.

Hausschutz.

I.

Der Hausfriedensbruch.

Das Verbot des „domum introire" ist uns direkt nur in Verbindung mit der besonderen Klage ex lege Cornelia überliefert (l. 5 D. pr. h. t.), woraus einige schliessen wollen, dass es ein Erzeugnis dieses Gesetzes sei[1]). Da jedoch des *Paulus* Wort vom mixtum ius (Sent. V. 4. 6, 8.) für den gesamten Umfang der lex Cornelia gilt, (vergl. oben bei der Körperverletzung), so müssen wir annehmen, dass der Tatbestand des domum introire gewohnheits-

[1]) Pernice, S. Z. N. F. 17. S. 180. 181.
Teichmann, H. R. L. II. 295. s. v. Hausfriedensbruch.

rechtlich schon vor jener lex feststand. Die Idee der Heiligkeit des Hausfriedens reicht nachweisbar in die Zeit der XII Tafeln zurück[2]). Sie ist universalrechtliches Gemeingut aller Nationen auch in Zeiten primitiver Kultur[3]).

Den Tatbestand des domus introire bildet das widerrechtliche Eindringen in die Wohnung.

Die Wohnung.

Domus im Sinne des Verbots ist nicht das Haus schlechthin als Gebäude, sondern als Heimstätte, Heimwesen, Wohnung der Hausgenossenschaft, der Familie, „der Raum, der die Familie als Heim ebenso vereinigt wie nach aussen hin sichert und befriedet"[4]). Der Schutz kommt der Wohnung zu gute ohne Rücksicht auf den privatrechtlichen Titel, kraft dessen sie eingenommen wird. Der Tatbestand des zur Klage berechtigenden Wohnens ist völlig indifferent gegen die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses, in dem der Bewohner zur Wohnung steht, mit der wohl selbstverständlichen Ausnahme, dass das Delikt nicht von dem begangen werden kann, dessen Recht durch die Innehabung verletzt wird. Es ist gleichgültig, ob der Inhaber der Wohnung Eigentümer oder nur Mieter ist, ob er Zins zahlt oder umsonst wohnt, ob er auf Grund eines Vertrages oder etwa als Gastfreund aufgenommen ist (l. 5 § 2 D. h. t.). Die Wohnung, der jener Schutz zukommen soll, muss aber im Augenblick des Eindringens wirklich bewohnt sein. Es genügt nicht, dass ein Haus zum Wohnen eingerichtet, aber gegenwärtig unbewohnt ist. Von mehreren Wohnungen, die jemand besitzt, geniesst den Schutz immer nur diejenige, in welcher sich der Besitzer aufhält (l. 5 § 5 D. h. t.). Die beiden letzten Erfordernisse sind in dem Ausschluss der meritoria enthalten. Denn das sind einerseits Geschäftsräume, wie fullonica, pistrinum, eine auf Erwerb betriebene Badeanstalt (l. 13 § 8 D. 7. 1), in denen man doch nicht wohnt, sondern sich nur aufhält, „ut ibi opus faciat vel doceat" (l. 52 § 3 D. 17. 2), andrerseits Hotelzimmer, deversoria (l. 13 § 8 D. 7. 1. l. 52

---

[2]) l. 18. D. 2. 4. Gai. l. 1. ad l. XII Tabularum. Vogt, XII Tafeln, I. 536. n. 6. II. 9 n. 4.

[3]) Post, Ethnologische Jurisprudenz, II S. 307.

[4]) Voigt, XII. Tafeln, II. S. 7. 8.

§ 15 D. 17. 2), in denen man zwar wohnt, jedoch nur momenti causa, ohne die Absicht, daselbst für die Dauer ein Quartier aufzuschlagen (l. 5 § 5. i. f. D. h. t.). Doch ist das auf die Dauer berechnete Wohnen wiederum nicht im Sinne eines rechtlich begründeten Domizils (l. 7 § 1 C. 10. 40) zu verstehen. Wer Studien halber sich in Rom aufhält, behält sein Domizil im rechtlichen Sinne in der Heimat (l. 2 pr. C. 10. 40), geniesst aber den Schutz des Hausfriedens nur für sein römisches Quartier, nicht auch für die zurzeit unbenützte heimische Wohnung (l. 5 § 5 D. h. t.). Ob Stadt-, ob Landhaus, (villa (l. 5 § 3 D. h. t.), kommt nicht in Betracht. Das Haus im Park aber bildet mit diesem eine Einheit (hortus)[5], so dass sein Friede wohl schon durch Betreten der Anlagen gestört wird. (l. 5. § 3 D. h. t.) Hievon abgesehen genügt für die Begründung der Klage weder das Betreten des Grundstückes, auf dem das Wohnhaus sich befindet, noch auch das Betreten eines Gebäudes, das nicht zur Wohnung dient, aber Pertinenz desselben ist, z. B. eines Stalles. (l. 5 § 2 D. h. t.). Zwar wird in l. 5 §§ 4. 5 D. h. t. von dem Eintreten in einen fundus gesprochen. Aber einmal bedeutet fundus im Gegensatz zu locus das Grundstück mit dem Wohnhaus. (l. 60 u. 211 D. 50. 16), sodann geht aus der Begründung „quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas“ ganz klar hervor, dass es sich hier um das Betreten des auf dem Grundstück befindlichen Landhauses handelt. Die Erweiterung der „domus“ des Gesetzes zum Grundstück überhaupt hätte gewiss ausdrücklicher Erwähnung bedurft, die im Falle des „hortus“ nicht nötig war, da der Park mit dem Pavillon eine Einheit bildet.

Diesen Tatbestand des auf die Dauer angelegten Wohnens, unabhängig von der Qualität des privatrechtlichen Titels und von dem rechtlichen Begriff des Wohnsitzes, bezeichnet die römische Jurisprudenz als domicilium im besonderen, rein tatsächlichen Sinne. Die domus der lex Cornelia, welche diesen Zustand bezeichnet, war der römischen Jurisprudenz ein technischer

---

[5]) Zu hortus vergleiche Festus, ed Mueller, S. 102: hortus apud antiquos omnis villa dicebatur. Plin. Hist. nat. 19. 4. 50. Brisson., ed. Heineccius 1793 citiert s. v. hortus Vopiscus in Aureliano cap. 49: displicebat ei quum esset Romae habitare in palatio, ac magis placebat in hortis Salustii vel Domitiae vivere. Vergl. auch Geib. N. A. 1847, S. 370. not. 42. 43.

Begriff, mit dem sie als einem typischen, feststehenden, auch an andern Orten operierte. (l. 23 (22) § 2 D. 48. 5).

Das Eindringen.

Introire: Verboten ist das Eindringen und nur dieses, nicht auch jede störende Einwirkung von aussen, z. B. durch Hineinsprechen, Werfen etc. Das kommt namentlich bei der in ius vocatio des in seiner Wohnung Befindlichen in Betracht. Der Hausfriede wird hier nur durch Ueberschreiten der Schwelle, um die Ladung im Hause zu vollziehen, gebrochen, nicht auch dadurch, dass der ausserhalb des Hauses verbleibende Kläger dem im Hause befindlichen, doch sichtbaren Beklagten seine Aufforderung zuruft.

Vi introire: Erfordert wird das domumve suam vi interpitam esse, ohne dass irgendwo ausdrücklich gesagt wäre, was hier unter vis zu verstehen sei. Den überlieferten Anwendungsfällen aber ist zu entnehmen, dass der Ausdruck im weitesten Sinne genommen wurde und sowohl die schwersten Arten der Gewalttätigkeit deckte, als auch das einfache Eindringen gegen den Willen des Berechtigten betraf. Denn einerseits ist in l. 5 § 4 D. h. t. von einem impetus, in l. 54 (53) pr. D. 47. 2 von einem Einbruch, in l. 7 § 5 D. h. t. sogar von einer Zusammenrottung „coetu et turba facto“ die Rede; anderseits aber ist im Anfange der l. 5 § 5 D. h. t. das schlichte introire und in l. 23 D. h. t. das einfache Eindringen wider den Willen des Inhabers der Wohnung erwähnt. L. 18 D. 2. 4 sagt, ohne besondere Gewalttätigkeiten zu erwähnen, dass jeder, der den Bewohner aus dem Hause (d. h. natürlich unter Eindringen in dasselbe), vor Gericht lade, sich einer (offenbar der zum Tatbestand des Hausfriedensbruches erforderlichen und genügenden) vis schuldig macht.

Hausfriedensbruch in Diebstahlsabsicht.

Einer iniuria wird für schuldig erklärt:

I. der directarius (Paul. Sent. V. 4. 8).

II. qui furandi animo conclave effregit vel aperuit sed nihil abstulit. (Paul. Sent. II. 31. 55),

III. qui furti faciendi causa conclave intravit (l. 21 § 7 D. 47. 2).

Der directarius ist in den Quellen überhaupt nur dreimal erwähnt, bei Paul. Sent. V.4. 8, in l. 7 D. 47. 11 und in l. 1 § 2 D. 47. 18. Die erste Stelle nimmt für die Bedeutung des Wortes auf den Sprachgebrauch Bezug (qui vulgo directarii appellantur.) Die zweite bringt es ohne jede Erklärung und nur die dritte gibt eine Definition dahin „hoc est hi qui in aliena cenacula se dirigunt furandi animo.“ Da auch die zweite Stelle die directarii in Verbindung mit anderen Diebeskategorien nennt, so dürfte Diebstahlsabsicht überhaupt wesentlich sein[6]). Es handelt sich aber ferner nicht um das Eindringen in jeden beliebigen Raum, sondern um das Einsteigen in die höheren Stockwerke des Hauses[7]). Da die Mietswohnungen in der Regel im oberen Stockwerk lagen, so übertrug sich der Name cenaculum auf jede Mietswohnung überhaupt, auch wenn das ganze Haus per cenacula divisa war (l. 13 § 8 D. 7. 1, l. 11 § 5 D. 13. 7, l. 30 D. 19. 2). Die besondere Intensität des verbrecherischen Vorsatzes, welcher Grund der Hervorhebung des directarii ist, kann aber nicht in dem Eindringen in eine Mietswohnung, sondern ausschliesslich in dem Einsteigen in das obere Stockwerk gefunden werden, so dass cenaculum hier nur diesen Sinn haben kann[8]).

Die beiden anderen oben erwähnten Stellen l. 21 § 7 D. 47. 2 und Paul. Sent. II. 31 35 sprechen von dem, der in Diebstahlsabsicht in ein conclave eingedrungen ist, sei es durch Einbruch, sei es nachdem er es geöffnet hatte. Conclave ist der eigentliche Ausdruck für ein Zimmer oder einen Complex von Zimmern mit verschliessbarer Tür[9]). Unter dem neutralen intravit der Digesten-

---

6) Im Gegensatz zu Zachariae, Lehre vom Versuch I. S. 154, der sie nicht für wesentlich hält. Eine abgestufte Strafzumessung pro modo commentae fraudis (Paul. Sent. V. 4. 8) ist auch innerhalb der Beschränkung auf die Absicht zu stehlen möglich.

7) Pauly, Realencyklopaedie 2. Aufl. s. v. cenaculum, Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867. S. 230. Marquardt, Privatleben der Römer, I, 2. Aufl. S. 221 not. 5.

8) Die älteren Ansichten bei F. Victor Ziegler, Obss. Jur. Crim. Diss. Marb. Lips. 1838 cap. 3. Er selbst fordert Eindringen in einen beliebigen Raum des Hauses, S. 41 not. 39, jedoch wegen des Wortes „vis“ der l. Cornelia mit persönlicher Gewalt gegen seine Bewohner. Vergl. ferner Wächter, Lehrb. II. S. 332—37. n. 100 und in Weiskes R. L. s. v. Diebstahl namentlich S. 386 und 185. Luden I. 195 ff. Zachariae I. 153 ff.

9) Marquardt, Priv. Leben, I. 2. Aufl. 223 not. 2

stelle wird man wegen seiner Verbindung mit conclave nur solche Handlungen verstehen dürfen, welche die Bedeutung des Verschlusses aufheben.

Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen ein „introire". Dies ist in Paul. Sent. V. 4. 8 und l. 21 § 7 D. 47. 2 (Paul. l. 40. ad Sabinum) ausdrücklich gesagt und darum auch in Paul. Sent. II. 31. 35 zu subintelligieren[10]). Den Direktariat zählte Paulus den Injurien sogar noch dann bei, als er nicht mehr mit der Injurienklage, sondern im Extraordinarverfahren verfolgt wurde, während in den von Ulpian herrührenden beiden Stellen (l. 7 D. 47. 11 und l. 1 § 2 D. 47. 18) durch die Zusammenstellung mit den saccularii und expilatores sowohl für die directarii als auch für die effractores (allerdings vielleicht nur für den vollendeten Einbruchsdiebstahl) der Zusammenhang mit dem Diebstahl mehr betont ist. Welcher Tatbestand der Iniuria hier verwirklicht erscheint, kann keinem Zweifel unterliegen. Es handelt sich um das domum vi introire. Paulus sagt es in Sent. V. 4. 8 ausdrücklich und verwandelt in l. 21 § 7 D. 47. 2 das ursprüngliche intrare in introire, offenbar um den Tatbestand des Gesetzes mit dessen Worten auszudrücken.

Diese ausführliche Darstellung der drei Fälle des domum introire war nötig, um zu zeigen, dass es sich hier um durchaus typische und charakteristische Tatbestände handelt, die den Grund ihrer Bestrafung in sich selbst tragen. Wenn sie trotzdem nach Injurienrecht nicht als selbständige Vergehen, sondern unter dem Gesichtspunkt des Hausfriedensbruches behandelt werden, so gestattet uns dies einen wichtigen Schluss auf das Wesen der Injurienfamilie selbst. Wäre die Injurie wirklich jener „Lückenbüsser" gewesen, als den man sie darstellt, jenes allgemeine Hilfsmittel, Handlungen, die man aus irgend einem Grunde nicht zu einem selbständigen Vergehen stempeln wollte, der Bestrafung zuzuführen, hätte ihr Wesen nur in der formlosen Allgemeinheit rechtlich irgendwie unerwünschten Tuns bestanden, so hätten diese qualifizierten Diebstahlsversuche schon als solche innerhalb des Injuriensystems Platz finden müssen, da sie zweifellos nicht minder missbilligenswert und rechtswidrig erscheinen wie etwa

---

[10]) Das übersieht Luden I. 197.

die Attentate gegen die Sittlichkeit, die eine selbständige Stellung im Injuriensystem einnehmen. Wenn aber hier nicht der Diebstahlversuch, sondern der Hausfriedensbruch als Injurie bestraft wird, so ist dies ein Beweis dafür, dass der Diebstahl allein sich im Gegensatz zu den Attentaten auf die Keuschheit, also mit Rücksicht auf seine materielle Natur, zur Behandlung als Injurie nicht eignete. Es besass also die Kategorie der Injurie materielle Kriterien, nach denen sie Vergehen aufnehmen oder ausschliessen konnte.

Hausfriedensbruch und Rechtsverfolgung.

Das Hausrecht war auch in Rom ein Recht höherer Ordnung. Seine Heiligkeit bewährt sich insbesondere in der Kollision mit den formellen Rechten der Verfolgung privater oder staatlicher Ansprüche. Der Hausfriede wird diesen Rechten auch dort nicht oder nicht ohne weiteres untergeordnet, wo der Zweck rechtmässiger Verfolgung dies zu verlangen scheint. Den einzelnen Arten und Akten der Rechtsverfolgung tritt er mit verschiedener Stärke gegenüber. Als absolutes unter keinen Umständen anzutastendes Recht muss ihn nur die in ius vocatio respektieren. Es gibt hiebei ein doppeltes Verbot. Der Kläger darf die Schwelle des vocandus nicht überschreiten, um im Hause zu laden. Begründet wird diese Vorschrift damit, dass „domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit“ (l. 18 D. 2. 4). Unter allen Umständen ist ferner verboten jemanden, auch wenn er sich zur Vereitelung der Prozesshandlung in seinem Hause versteckt, aus diesem hervorzuzerren, um alsdann die in ius vocatio oder denuntiatio (beim damnum infectum) ihm gegenüber vorzunehmen (l. 21 D. 2. 4, l. 4 § 5 D. 39. 2). Ja selbst, wenn der Beklagte, welcher vor Gericht geladen war, sich der Folge durch Flucht in sein Haus entzog, hörte das Recht des Klägers zur zwangsweisen Abführung und manus iniectio an der Schwelle der Wohnung auf (l. 23 D. h. t.)[11]. Das „nemo de domo sua extrahi debet“ war in verschiedenen Wendungen Rechtsparoemie[12].

[11]) Das vocati der Florentina passt besser zur Satzkonstruktion und zur Steigerung durch quamvis wie das vocat, welches Mommsen annehmen will.

[12]) L. 103 D. 50. 17, Quint. Jnst. Or. VII. 8. 6, Cic. de domo 41. 109, in Vat. 9. 22.

Diese absolute Heiligkeit der Wohnung gegenüber der Ladung konnte natürlich, worauf Paulus hinweist, nur mit der ebenso exorbitanten Strafe der missio in bona für den bestehen, der sich vor der Ladung im Haus versteckte[13]).

Im Gegensatz zur Ladung im Haus ist die Haussuchung nicht absolut verboten, sondern nur an gewisse formelle Garantien gebunden. Sattsam bekannt ist die alte quaestio cum lance et licio (Gaius III. 192. 193), die schon durch ihre Form geeignet war, den Suchenden von leichtfertigen Störungen der fremden Häuslichkeit zurückzuschrecken. Das spätere Recht kennt für die private Haussuchung ähnliche Garantieen wie das moderne (Paul. Sent. II. 31. 21, l. 3 D. 11. 4), amtliche Autorisation und Anwesenheit eines Beamten[14]). Wenn aber der Praetor sich veranlasst sah, für den Fall, dass die Haussuchung vom Inhaber der Wohnung verboten wurde, eine eigene Klage aufzustellen (Gaius III. 188 = Jnst. IV. 1. 4), so scheint dies doch dafür zu sprechen, dass vielleicht die Sitte dem Suchenden verbot, auch wenn er alle Garantieen beobachtete, den das Hausrecht behauptenden Willen unmittelbar zu brechen.

Im Anklage-Strafprozesse steht das Recht der Haussuchung dem Ankläger nur auf Grund der amtlichen Vollmacht zu, „kraft deren er . . . . nicht nur als wirklicher Ankläger

---

[13]) In älterer Zeit wurde, wer sich im Haus versteckte, durch die sog. obvagulatio geladen; die Ansichten über die Bedeutung dieses Institutes gehen auseinander. Mit dem Hausfrieden bringen die obvagulatio in Zusammenhang

Pernice, l. c.,
Voigt, XII Tafeln S. 535. n. 3,
Haubold, Opuscula I. 177. 178,
Puchta, Instit § 160 a.

Die ersten beiden beziehen sie auf die in ius vocatio des Beklagten, die letzten beiden auf die des Zeugen. Voigt und Puchta behaupten, dass die rite vollzogene obvagulatio das Recht gegeben habe, an dem vocandus die manus iniectio unter Eindringen in das Haus zu vollziehen.

[14]) Petr. Sat. 97. Darüber Mommsen, Str.-R. S. 748. 749 und sehr ausführlich Voigt in den Berichten über die Verhandlungen der k. saechs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, phil.-hist. Klasse, 37. B., 1885, S. 338, insbesondere aber S. 342, welcher das Vorbild der neueren Haussuchung in dem durch das II. und III. Kap. der lex Fabia normierten Verfahren (l. 1 § 2 D. 11. 4) sieht.

sich legitimieren, sondern in der Tat auch erst die ihm als solchem zustehenden Vorrechte in Anspruch nehmen konnte"[15]).

Im magistratischen Strafprozesse war der Strafrichter in der Haussuchung wahrscheinlich nicht beschränkt[16]).

Endlich waren Verhaftungen im Hause zwar nicht ausdrücklich verboten, aber nach einer „immer bewahrten Sitte nicht geübt"[17]). Dieser natürliche Respekt vor der Hausheiligkeit, der sich ohne rechtliche Satzungen geltend machte, ist ein besserer Beweis für die Heiligkeit des Hausfriedens, als die klarsten gesetzlichen Garantieen, wenn sie nicht im Rechtsbewusstsein der Behörden wurzeln.

Das Wesen des römischen Hausfriedens.

Man hat dasselbe finden wollen in sakralen Ideen[18]), in der Tempelheiligkeit des Hauses als Sitzes der Kultusgemeinschaft der Familie, oder in dem Gedanken der staatlichen Selbständigkeit der Familie, der Suveränität des Hausherrn im territorialen Bereich des Hauses[19]). Und es mögen in der Tat in ältester Zeit jene Ideen das Haus mit einem idealen Nimbus umgeben haben. Aber sie verblassen im Laufe der Entwickelung und wären wohl nicht im Stande, eine ausschliesslich in ihnen gründende Rechtseinrichtung über Wasser zu halten, käme nicht in dem Masse, als sie verschwinden, der profane und nüchterne, aber tiefer als sie in der menschlichen Natur wurzelnde Kern alles Hausschutzes als Motiv zu gesteigerter Geltung. Es sind dies die mannigfachen Bedürfnisse, welche der Kulturmensch durch die Betätigung des „Wohnens" befriedigt. Wohnen ist zunächst nichts als Benützung einer Sache; es kommt der Schutz meiner tatsächlichen oder rechtlichen Macht über die bewohnte Sache insoweit auch dem Wohnen zu Gute und man hat deshalb im Hausschutz nichts sehen wollen als Detentionsschutz. Die Position aber, welcher der Hausschutz gilt, ist, wenn man von der tatsächlichen Gewalt über die Sache ausgeht, nach zwei Richtungen wesentlich beschränkt.

---

[15]) Geib, Kriminalprozess S. 185. n. 80, S. 354. n. 350.
[16]) Mommsen, Str.-R. S. 418.
[17]) Cic. in Vat. 9. 22.
[18]) Pernice, S. Z. N. F. 17. 180 ff.
[19]) Loening, de pace domestica. S. 14.

1.) Die tatsächliche Gewalt über die Sache ist die gefestigte, in die Zukunft wirkende Möglichkeit über dieselbe zu verfügen und Andere von dieser Verfügung auszuschliessen. Diese Macht kann ich auch über das zur Wohnung bestimmte Gebäude haben, das ich gegenwärtig nicht bewohne. Der Hausschutz aber kommt nach römischem Recht nur dem bewohnten Quartier zu Gute. Es genügt also die tatsächliche Gewalt im gewöhnlichen Sinne als Voraussetzung nicht, sondern es muss ein gewissermassen sinnliches Verhältnis des Inhabers zur Sache hinzutreten. Nur diejenige tatsächliche Gewalt wird geschützt, welche der unmittelbaren Ausübung der Lebensbetätigung des Wohnens dient. Da der Begriff „Wohnen" diese Gewalt immer voraussetzt, so kann man auch schlechthin sagen: es wird die Lebensbetätigung des Wohnens geschützt. Und da der Grund dieses besonderen Schutzes nicht die Detention als solche, sondern das Wohnen ist, so bringt man die juristische Bedeutung der beiden Momente besser zum Ausdruck, wenn man als Schutzobjekt das die Detention in sich schliessende Wohnen und nicht die auf den Fall des Wohnens beschränkte Detention bezeichnet.

2.) Aber auch das Wohnen wird nicht gegen jede Störung der ihm dienenden tatsächlichen Gewalt geschützt, sondern nur gegen diejenige, welche es durch das persönliche Eindringen eines Fremden in die Wohnung erleidet. Dass damit nur ein verschwindend kleines Segment der möglichen Störungen getroffen wird, lehrt ein Blick auf *Jherings* Verzeichnis solcher mietsnachbarlicher Chikanen, welche man begehen kann, ohne den Fuss über die Schwelle des Opfers zu setzen[20]. Suchen wir nach einem Gesichtspunkt, unter welchem jene Beschränkung erklärbar ist, so finden wir unter den zahlreichen Bedürfnissen, deren Befriedigung das Wohnen dient (Schutz vor den Unbilden der Witterung, Nachtruhe etc.), als besonders hervorragendes und wichtiges das Bedürfnis des „Für sich allein Seins." Die Wohnung ist für den Kulturmenschen der Ort, wo er fremden Einflüssen und fremder Beobachtung entrückt, seine Individualität ausleben will. Eine normale Entwickelung des Menschen ist weder bei unaufhörlicher Oeffentlichkeit aller seiner Lebensbetätigungen, noch in fortgesetzter Abschliessung von Anderen möglich; gesund

[20]) Jherings Jahrbücher 23 S. 280 ff.

ist allein ein steter Wechsel zwischen der Berührung mit der Aussenwelt im Verkehr und der Absonderung des Einzelnen, sei es im Kreise seiner Familie, sei es im familienlosen Hauswesen. Der Kommunismus der Wohnung entspricht nur niedrigen Kulturstufen, auf denen der Einzelne noch keine ausgeprägten individuellen Charakterzüge besitzt, die ihn von den Sittengenossen unterscheiden, so dass er sich durch deren Anwesenheit nicht belästigt fühlt. Die fortschreitende Differenzierung der Individuen bringt dagegen das Bedürfnis eines nur dem Einzelnen eigenen individuellen Heims mit sich[21]). Wir empfinden schon die blosse Anwesenheit eines Fremden als Störung und als Hemmnis ruhigen Genusses oder freier Entfaltung unserer Tätigkeit im Haus. Die hohe Wertung dieses „Für sich allein Seins“ zeigt sich darin, dass es am frühesten und zum Teil jetzt noch allein unter den durch das Wohnen befriedigten Bedürfnissen des besonderen, erhöhten Rechtsschutzes für würdig befunden wird. Umgekehrt findet aus der Eigenart der poenalisierten Störungen auch wiederum die römische Beschränkung des Hausfriedens auf die benützte Wohnung ihre Erklärung. Denn das „Für sich Sein“, das im Ausschluss Anderer gipfelt, hat naturgemäss seinen Ort nur da, wo ich selbst bin, seine Störung kann ich nur dort empfinden, wo die Anwesenheit Fremder mit meiner zusammentrifft.

Es ist also der römische Hausschutz der Schutz der persönlichen Lebensbetätigung des Wohnens in ihrer Richtung auf Ausschluss Fremder und es muss ausdrücklich anerkannt werden, dass die römischen Juristen in der Interpretation des Verbotes des domum introire ein ganz besonders feines Gefühl für die allgemein gültigen psychologischen Grundlagen des Hausfriedens an den Tag gelegt haben.

Es lässt sich nur durch den Mangel eines tieferen Eindringens in diese Lehre erklären, wenn im Gegensatz zu dem Dargelegten behauptet wird, dass die Römer den Hausfriedensbruch als selbstständiges Vergehen nicht gekannt hätten oder doch über Ansätze zu seiner Entwicklung nicht hinausgekommen wären[22]).

---

[21]) Schmoller, Grundriss der Volkswirtschaftslehre I. S. 252.

[22]) Die Behauptungen sind in der Litteratur so verbreitet, dass besondere Citate entbehrlich erscheinen. Ich zitiere nur Liszt, Lehrbuch, 13. Aufl. S. 402 und aus der Speziallitteratur: Wüest, Hausfriedensbruch S. 1, Jaeger, S. 7, Lange,

Die Geringschätzung des römischen Rechtsinstitutes ist wohl eine Folge des Vergleiches mit der Ausbildung des Hausfriedensrechtes in den germanischen Rechten. Sie muss schwinden, sobald man hierbei auf germanischer Seite alle die Momente ausschaltet, welche zum Vergleiche nicht herangezogen werden dürfen, weil sie entweder mit dem Hausfrieden an sich nichts zu tun haben, oder in veränderten Kulturverhältnissen begründet sind. Die poetische Auffassung, die man als einen Vorzug des altdeutschen Rechtes hervorhebt, kommt wesentlich auf Rechnung des formellen Charakters der Quellen, der durch die Verschiedenheit der universalgeschichtlichen Entwicklungsstufe bedingt ist. Die italienische und damit auch die römische Geschichte beginnt „bei einem weit späteren Zivilisationsabschnitte als . . . . . . die . . . . . . deutsche und trägt von Haus aus einen relativ modernen Charakter“[23]). Daraus erklären sich auch die weitgehenden Befugnisse des Hausherrn in der Verteidigung des Hauses in den germanischen Rechten[24]), ihr Fehlen im römischen. Der Schutz ferner, welchen das Haus gegen Rechtsverfolgung (der Bewohner oder Fremder, die sich dahin geflüchtet hatten), gewährte, ist als ein Produkt zweier Faktoren aufzufassen: der Kraft des Hausfriedens und der Stellung des Individuums zum Staate. Indem aber *Osenbrüggen* diesen Schutz mit dem Habeas-Corpus-Akte vergleicht[25]) und seine Abnahme zugleich mit der Steigerung der Macht der Obrigkeit nachweist[26]), zeigt er deutlich, dass hier die im Verhältnis zu Rom geringere Konsolidation der Staatsgewalt der wirkende Faktor war. Aber mögen auch dem alten deutschen Hausschutze die echt germanische Friedensidee und eine Art Immunität oder Exterritorialität des Hauses[27]) zu Grunde gelegen haben, aus der Entwicklung muss auch hier jenes allgemein menschliche Bedürfnis des „Für sich allein Seins“ als Sinn des

S. 1 und 2. Osenbrüggen S. 3 und als Verteidiger der Bedeutung des Hausfriedens im römischen Rechte Loening, l. c. S. 11, der aber gleichfalls die Selbständigkeit des Deliktes leugnet und dasselbe als Verletzung der Familienehre auffasst.

[23]) Mommsen, Röm. Geschichte VIII. Aufl. 1888 I. 146.

[24]) Osenbrüggen, Der Hausfriede, § 7.

[25]) Osenbrüggen, S. 23.

[26]) Osenbrüggen S. 28. 39. 41.

[27]) So besonders Held, Syst. d. Verfass. R. 1857. II. Teil S. 574. 3. und 575.

Hausfriedens hervorgehen. Wenn das moderne deutsche Recht § 123 R.-Str.-G.-B. auch die Geschäftsräume unter Hausfrieden stellt, so entspricht das der höheren Wertung der Arbeit, deren Adel das Altertum nicht kannte. Auch die Einbeziehung des befriedeten Besitztums, im Sinne der mit dem Hause infolge inniger Gemeinsamkeit des Zweckes und räumlicher Nähe dessen Frieden teilenden Orte (Hof, Obstgarten) beruht auf der Aenderung der kulturellen Verhältnisse, da das römische Haus eine solche, seine Sphäre nach aussen erweiternde Umgebung nicht kannte, seiner Anlage nach vielmehr nach Innen wies. Die Ausdehnung auf die zurzeit unbenützte Wohnung und das befriedete Besitztum im Sinne jedes umhegten Grundstückes aber hat mit dem Hausfrieden als Wohnfrieden nichts mehr zu tun. Der Schutz des „Für sich Seins“ ist hier unter Abstraktion von seinem ursprünglichen Zwecke ausgedehnt auf die Ausschliessung Anderer von Räumen, die zum Wohnen bestimmt, wenn auch unbewohnt sind, und auf das durch die Einhegung kundgegebene Interesse, Andere auch vom Betreten solcher Grundstücke anzuschliessen, die nicht zu eigenem dauernden Aufenthalt bestimmt sind. In dieser Verallgemeinerung ist das „Für sich Sein“ gewiss eine schutzbedürftige Wertung, die aber mit den Wohnfrieden nichts mehr gemeinsam hat als den auf die Entwicklung hinweisenden Namen. Der Kern des reinen Wohnfriedens ist auch im heutigen Rechte derselbe, den bereits die Römer in edler Schlichtheit erkannt und dem Verbot des introire zu Grunde gelegt haben.

II.

Anderweitige häusliche Belästigungen.

Gegenüber der im domum vi introire liegenden Beschränkung des Hausschutzes bestand auf Grund des allgemeinen Ediktes die Möglichkeit, auch solche Störungen im Wohnfrieden zur Ahndung heranzuziehen, die ohne persönliches Eindringen in die Wohnung begangen wurden.

In diesem Sinne fasse ich auf die l. 44 D. h. t.

Javolenus libro nono ex Posterioribus Labeonis:

Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum

agi posse, quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur.

Die hier erwähnten Tatbestände enthalten sowohl eine Verletzung der tatsächlichen Macht über die Sache, als auch eine direkte persönliche Belästigung des Inhabers. Es fragt sich, welche von beiden Verletzungen man zum abstrakten Tatbestand der Stelle erheben soll. Die allgemeinen Gründe, welche gegen die Erhebung der dolosen Besitzverletzung zum Delikte der Injurie sprechen, haben wir bereits kennen gelernt. Ich glaube jetzt auf Grund des Wortlautes der Stelle auch den positiven Beweis führen zu können, dass die Fälle unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Belästigung den Injurien beigesellt sind.

Zunächst das Ausräuchern: Der objektive Tatbestand ist hier wiedergegeben durch fumum facere, welches die blosse Erzeugung des Rauches, die Tätigkeit bezeichnet, und das fumigare vicinum, das einen ganz speziellen Erfolg dieser Tätigkeit zum Ausdruck bringt, seine belästigende Einwirkung auf den Nachbarn. Dass aber in diesem Erfolg der Kern des Tatbestandes enthalten ist, ergibt sich daraus, dass die Beziehung der Absicht des Täters gerade auf diesen Erfolg ausdrücklich als Bedingung der Injurienklage hervorgehoben wird. Nicht Raucherzeugung mit dem Erfolge der Belästigung, sondern Belästigung durch Raucherzeugung ist die Formel der Handlung. Diese Erklärung verstösst nicht wider die Bedeutung des Wortes fumigare, welches häufig nicht bloss intransitiv, sondern auch transitiv mit Sachen als Objekt gebraucht wird. Die Einsetzung einer Person als Gegenstand der Ausräucherung war gewiss wie bei dem entsprechenden deutschen Worte nicht gewöhnlich, aber mit einer Wendung ins Scherzhafte zulässig[28]). Bei unbefangener Betrachtung der oben widergegebenen Lesart der Stelle, welche die einzig überlieferte ist, ergibt sich die Beziehung des fumigare auf den Nachbarn als Objekt als unumgängliche Notwendigkeit[29])[30]).

---

[28]) Gegen die Zulässigkeit beweisen die von Pernice S. 67 zitierten Stellen nichts.

[29]) Die von Pernice not. 5. zu S. 36 auf S. 37 angeführte Lesart von R. Schöll, welcher hinter aedium „aedibus" einschiebt, würde allerdings den Sinn der Stelle verändern. Alsdann wäre superioris vicini Genitiv des Eigentums zu aedibus, aedibus objektiver Dativ zu fumum facere und das fumigare intransitiv.

Sodann das proicere et infundere. Die persönliche Belästigung liegt hier weniger zu Tag. Man beachte jedoch einmal wie das proicere und infundere im Gegensatz zu dem effundere und deicere D. 9. 3 ein Ziel betont, welches der Täter im Auge hat. Ferner kann man auf das infundere in aedes Gewicht legen und dem in, soweit es sich auf proicere bezieht, den Sinn eines „in — hinein“ beimessen. Alsdann wäre eine unmittelbare Einwirkung auf das Innere des Hauses gegeben, die sich zweifellos als persönliche Belästigung darstellen würde. Aber es bedarf einer so einschränkenden Interpretation nicht, wenn man die besonderen Verhältnisse des römischen Hauses in Rechnung zieht, wenn man an die häufig auf dem Dache befindlichen Gärten, die solaria, an das compluvium denkt und schliesslich sich daran erinnert, wie das Dach des antiken Hauses sich weit unmittelbarer über dem Kopfe des Bewohners befand, als in unseren modernen, vielstöckigen Mietshäusern. Es wird dann begreiflich, dass das Herabgiessen von Flüssigkeiten oder Herabwerfen von Gegenständen auf ein Haus, auch wenn nichts ins Innere drang, die Ruhe der Bewohner unmittelbarer und empfindlicher stören konnte, als dies heutzutage der Fall ist. Schliesslich ist wichtig, dass sowohl *Labeos* Ablehnung der Iujurienklage, als *Javolens* Zulassung derselben für alle drei Fälle, das fumigare, proicere und infundere offenbar auf einer und derselben Erwägung beruht. Es liegt daher sehr nahe, dass der für das Ausräuchern feststehende Grund der persönlichen Belästigung auch in den übrigen Fällen ausschlaggebend war.

Das doppelte aedes (Wohnhaus) statt aedificium (wie in l. 8 § 5 D. 8. 5) weist auf den Schutz der Wohnung hin (l. 41 § 8 D. 30), während auf das Rechtsverhältnis des Verletzten zur Wohnung wohl auch hier nichts ankommt, da einmal der Verletzte

Aber abgesehen davon, dass das „aedibus fumum facere“ kaum lateinisch wäre, ist die ganze Lesart vollständig willkürlich und ad hoc aus der Luft gegriffen.

[30]) Einen interessanten Fall des fumigare entnehme ich einer neueren Zeitungsnotiz: Ein Herr D. in Charlottenburg, der durch anhaltendes Klavierspiel in den über seiner Wohnung gelegenen Räumen gestört wurde, bohrte durch die Decke seines und den Fussboden des darüberliegenden Zimmers ein Loch und leitete durch einen Gummischlauch Schwefelwasserstoffgas in die fremde Wohnung. Der penetrante Geruch trieb sofort die Klavierspieler aus dem Zimmer. D. wurde wegen „Körperverletzung“ verurteilt.

einfach vicinus, das andere Mal schlechthin das Wohnhaus als Handlungsobjekt genannt wird, während die Bezeichnung des Täters als dominus des Grundstückes, von dem aus er handelt, offenbar unerheblich ist.

Zum Schluss möchte ich auf die grosse Bedeutung des Gedankens der l. 44 D. h. t. für eine gesetzgeberische Erweiterung auch des modernen Hausfriedens hinweisen. Das Fragment weist uns hin auf die Schutzbedürftigkeit des Wohnungsinhabers auch gegen mechanische Einwirkungen von aussen, wie z. B. das Schellen an der Hausglocke, das Blenden mit einem Spiegel aus dem Fenster eines gegenüberliegenden Hauses etc. Diese Erweiterung ist namentlich von Schweizer Strafgesetzbüchern vielfach bereits adoptiert[31]). Dabei halte ich die Konstruktion als Delikt gegen das persönliche Gut des häuslichen Friedens für weit angemessener als Jherings Gedanken[32]) von der Verletzung des obligatorischen Mietsrechtes durch Dritte. Denn die letztere Konstruktion würde abgesehen von den prinzipiellen Bedenken, die sich gegen die Verletzung eines obligatorischen Rechts durch Dritte vorbringen lassen, den Schutz vom Bestehen und der Giltigkeit eines Mietsvertrages abhängig machen, während die Gerechtigkeit fordert, dass der Inwohner von einem zu seiner Exmission doch nicht berechtigten Dritten so lange respektiert wird, als er tatsächlich die Wohnung inne hat.

III.

Verbot des Betretens eines Grundstückes.

Man hat endlich unter Berufung auf l. 13 § 7 D. h. t. schon im römischen Recht das durch die Injurienklage geschützte Verbot finden wollen, ein fremdes Grundstück überhaupt oder wider den ausgesprochenen Willen des Eigentümers zu betreten. Ein solches Verbot würde sich im Sinne eines Rechtes verstehen lassen, fremde Personen von dem Aufenthalt auf meinem Grundstück ohne Rücksicht darauf, ob ihre Anwesenheit daselbst mich in Besitz oder Innehabung stört, auszuschliessen. Es scheint in

---

31 Wüest, Hausfriedensbruch, insbes. S. 45.

32) Jherings Jahrb. 23, S. 286 ff. Daneben auch bei demselben die Begründung des Schutzes durch das „äussere, lediglich mit Detention verbundene Gemeinschaftsverhältnis" S. 292.

diesem Sinne von der gemeinrechtlichen Praxis entwickelt worden zu sein[33]). Für das römische Recht aber lässt es sich weder aus der erwähnten Stelle, noch sonst irgendwie ableiten[34]). In l. 13 § 7 D. h. t. ist die Injurienklage für widerrechtliche Behinderung eines Anderen bei konkretem Handeln gegeben und dabei hervorgehoben, dass es nicht widerrechtlich sei, jemanden, der mein Grundstück betreten will, um Vögel zu fangen, daran zu verhindern. Von den Rechtsfolgen, die sich an das verbotene Betreten des Ackers knüpfen, handelt die Stelle nicht.

IV.

Beleidigung und Hausschutz.

Innerhalb des Gebietes der Injurie steht das „domum vi introire" als durchaus selbständiger, abstrakter Tatbestand da. Nirgends begegnen wir beschränkender Abhängigkeit von einer Norm, die den Ausdruck eines absprechenden Werturteils verbietet und auch die Einreihung unter die Injurie überhaupt lenkte die Feststellung der dem Wesen des Hausfriedens entspringenden Sätze nicht nach der Richtung einer vermeintlichen Ehrverletzung ab. Die Behauptung, die Römer hätten den Hausfriedensbruch nur insoweit bestraft, als er den Tatbestand der Injurie erfüllte[35]), ist, wenn sie eine Beschränkung bedeuten soll, gegenstandslos, da dieses Vergehen innerhalb der Injurienfamilie einen besonderen, selbständigen Tatbestand besass.

Für die Möglichkeit eines Zusammenhanges des römischen Hausfriedens mit der Ehre, welche Gegenstand der Beleidigung ist, darf man sich auch nicht auf die Analogie des in germanischen Quellen vorkommenden Wortes „Hausehre"[36]) berufen. Denn dieses Wort dient zur Bezeichnung der Summe der Achtungsansprüche des Hauses und der daraus entspringenden Rechte und Pflichten des Hausherrn. Es liegt hier also wie bei der Geschlechtsehre eine Wortverbindung vor, in welcher das Wort Ehre den

[33]) Landsberg, S. 71.

[34]) So gegen Jhering in den Jahrbüchern 23, S. 252 und Czychlarz bei Glück 41. 42. B. I. S. 50 ff., der sich nur darauf stützt, dass die Injurienklage wegen jeder injuriösen Rechtsverletzung zulässig sei, mit Wendt, Jherings Jahrbücher 19. 404. und Tewes, Grünhuts Zeitschrift XI. S. 761. 762.

[35]) cf. oben Anm. 22.

[36]) Osenbrüggen, Hausfrieden, § 6: Die Hausehre.

Wert eines Gegenstandes in seiner Beziehung zum Wollen, zur praktischen Achtung in dem im ersten Teile ausgeführten Sinne bezeichnet. Von Ehrenbeleidigung im engeren Sinne ist hier nicht die Rede.

§ 18.

6.

Verletzung von Gewaltrechten und gewaltähnlichen Befugnissen.

Mit dem Rechte über die in einem Gewalt- oder gewaltähnlichen Verhältnisse untergeordnete Person korrespondiert ein Anspruch gegen jeden Dritten, dasselbe nicht zu stören. Die Verletzung dieses Anspruches findet sich in zwei Fällen als Injurie behandelt. Das eine Mal handelt es sich um ein Recht des Hausvaters, das andere Mal um ein solches des Ehemanns oder Bräutigams.

I.

Der Hausherr hat das Recht über Zucht, Ordnung und Sitte bei seinen Untergebenen zu wachen. Wie der einfache Beischlaf mit der ehrbaren Frau gegen die Ordnung des Staates, so verstösst dieselbe Handlung mit einer reifen oder unreifen Sklavin gegen die Sitte und Zucht des Hauses. Der Täter haftet dem Hausherrn als Inhaber des Rechtes der häuslichen Zucht l. 25 D. h. t., l. 6 pr. D. 48. 5.

Nach einer andern Richtung wurde dieses Recht verletzt, wenn jemand einen Sklaven oder Haussohn zu liederlichem Leben in schlechten Kneipen[1]) oder zum Spiel[2]) verführte l. 26. D. h. t. Man hat das Wesen dieses Falles darin erblicken wollen, dass die Kinder und Sklaven hier in eine dem äussern Anstand widersprechende Situation versetzt und verspottet oder verhöhnt verden.[3]) Aber das ludibrio habere, das unserem „zum Besten haben“ verspricht, ist nur ein dem Beben mit guter Beobachtung abgelauschter, häufiger Begleitumstand der Verführung selbst.

---

[1]) Popinae waren Garküchen, die ursprünglich nur von Leuten niedrigster Klasse und Sklaven besucht wurden, später auch von unordentlich lebenden Menschen aus besseren Ständen, die dort bei liederlichem Leben ihr Geld verprassten. Bekker-Göll, Gallus, III, 38.

[2]) alea = Glückspiel, Hazardspiel. Pauli-Wissowa, Realencyclopädie 2. Aufl.

[3]) Landsberg, S. 46 oben.

Auch die Entführung mag als Entziehung aus der väterlichen Gewalt die Injurienklage begründet haben, wiewohl die Quellen keinen Beleg enthalten.[4])

Der Täter muss in dem Falle dns verletzte Wahlrecht kennen l. 26. D. h. t.[5])

---

[4]) Mommsen, Strafrecht, 701. Plaut. Poenul. V 5, 54 f. ist nicht vollbeweisend, cf. § 15 not. 6.

[5]) Hatte der Verführer keine Kenntnis von dem verletzten Gewaltverhältnisse, so beging er keine Injurie gegen den Gewalthaber, aber er haftete mit der actio de servo corrupto, wegen der vermögensrechtlichen Schädigung des Herrn, und mit dieser Klage als utilis, wegen der ideellen Beeinträchtigung des Vaters des verführten Hauskindes l. 1 pr., l. 5 § 1, l. 14 § 1 D. 11. 3. Hier braucht der Verführer nicht zu wissen, dass der Verführte Sklave oder Hauskind ist. Man hat darin eine Abweichung von den Grundregeln der römischen Schuldlehre sehen wollen, Binding, Normen II. 336, ja sogar ein Putativdelikt angenommen, Maschke, S. 47. 48. M. E. zu Unrecht. In einer Gesellschaft, in welcher der grösste Teil aller Menschen als Sklaven oder Hauskinder der Gewalt eines Dritten unterworfen ist, hat der Verführer stets mit dem Umstande zu rechnen, dass er durch die Verführung störend in einen fremden Rechtskreis eingreift. In solchen Verhältnissen erscheint die Unkenntnis der Zugehörigkeit einer Person zu einer fremden Rechtssphäre oder die Gleichgültigkeit gegen dieselbe stets als schuldhaft. So erklärt sich zunächst l. 45 § 2 D. 9. 2, wo gesagt ist, dass die Tötung eines Sklaven auch dann zu aquilischem Ersatze an den Herrn verpflichtet, wenn der Täter den Getöteten für einen Freien gehalten hat. Nun ist die actio de servo corrupto nur eine Abspaltung der aquilischen Klage. Bei beiden handelt es sich um die Wertminderung des Sklaven. Nur das Mittel ist jedesmal verschieden, das eine Mal ein damnum corpore corpori datum, dass andere Mal eine moralische Beschädigung. In der Schuldart besteht kein Unterschied zwischen beiden Klagen. Es ist unrichtig, die servi corruptio im Gegensatz zu dem auch die Fahrlässigkeit umfassenden aquilischen Delikte als ausschliesslich dolose Sachbeschädigung zu bezeichnen. Denn das dolo malo des Ediktes in l. 1 pr. D. 11. 3 bezieht sich nach der Interpretation l. 1 § 3 D. l. c. nicht auf den gesamten Deliktstatbestand, sondern nur auf das persuadere. Es sollte zum Ausdruck bringen, dass nicht schon jede geistige Beeinflussung des Sklaven ohne den Willen des Herrn, sondern nur die moralisch verwerfliche haftbar mache. In dieser Beschränkung bildete das dolo malo kein Hindernis im übrigen die Grundsätze der aquilischen Schuld in Anwendung zu bringen. So erklärt sich dann durch die Analogie mit l. 45 § 2 D. 9. 2 auch die l. 5 § 1 D. 11. 3.

Die actio de servo corrupto utilis wegen moralischer Beschädigung eines Hauskindes setzt eine solche Schädigung bei Unkenntnis des Gewaltverhältnisses voraus. Sie geht auf Busse für die Verletzung der fama domus, welche durch die Verführung des Hauskindes gelitten hatte. Eine Injurienklage konnte hier, weil nur fahrlässige Unkenntnis des Zuchtrechtes, dem man zuwider gehandelt hatte, vorlag, nicht Platz greifen. Dagegen lag der juristische Handlungstypus einer

II.

Wer mit einer Ehefrau oder Braut geschlechtlich verkehrt, verletzt nach römischer Auffassung nicht nur die öffentliche Sittenordnung, sondern auch das Recht des Ehemannes und Bräutigams, kraft dessen ihm die geschlechtliche Sphäre der Frau oder Braut verfangen ist.[6])

Der vollendete Ehebruch fiel vollständig und ausschliesslich unter die lex Julia de adulteriis[7]). Dagegen gehörte das gesamte Gebiet der Vorbereitungs- und Versuchshandlungen dem Injurienrechte an, Paul. Sent. V. 4. 5 — l. 1 pr. D. 47. 11.[8]) Die Worte sollicitatores und interpellatores sind sehr umfassend und decken jede störende Annäherung[9]). Matrimonium wird von der bestehenden Ehe, nuptiae von der spes matrimonii zu verstehen sein[10]).

---

fahrlässigen Verletzung des Gewalthabers durch böswillige Beeinflussung eines Gewaltunterworfenen in der actio de servo corrupto entwickelt vor. Es bedurfte nur einer Erweiterung des interest vom materiellen auf den ideellen Schaden.

[6]) Wächter, Abhandlungen S. 104.

[7]) Mommsen, Str.-R. S. 808.

[8]) Seeger, Versuch, S. 34. Not. 16 stellt auch den Versuch des Ehebruchs unter die lex Julia. Dagegen mit Recht Mommsen, Str.-R. 695. Not. 4.

[9]) Vielleicht fiel hierunter auch schon jeder den Verdacht des Ehebruchs weckende Umgang, der von französischen Gerichten mit Busse zu Gunsten des Mannes belegt wird. Seng im Arch. für bürgerl. Recht V. S. 347. ad Not. 55. Die beschränkende Interpretation von Luden I. 210 f. hat Seeger l. c. S. 36 Not. 21 widerlegt.

[10]) Der Unterschied der sollicitatores nuptiarum und der matrimoniorum interpellatores ist sehr bestritten. Da keine Veranlassung besteht, die Echtheit der Stelle zu bezweifeln und ihre Entstehung erst in der justinianeischen Zeit zu suchen, besteht kein Grund für die Annahme eines Pleonasmus, der sehr plump wäre. Es bestehen über den Unterschied zwei Hauptansichten. Die eine bezieht die erstgenannte Kategorie auf die Verletzung der Rechte eines Bräutigams, die zweite auf diejenige der Rechte des Ehemanns. So Gothofredus ad l. 2 C. Th. de rapt. vel matrim. sanct. und Schulting zu unserer Stelle. Die anderen sehen den Unterschied in dem Vorhandensein oder Fehlen der Absicht, die abspenstig gemachte Ehefrau nach der Scheidung zu heiraten. Nichts kann jedoch für die Willkürlichkeit der zweiten Ansicht bezeichnender sein als der Umstand, dass die einen jene Absicht den sollicitatores (Platner, Quaestiones S. 195), die anderen den interpellatores beilegen zu können glauben (Cuiacius in Interpr. in Paul Sent V. 4. 5). Gegen die erste Hauptansicht könnte man die scheinbare Gleichwertigkeit der Ausdrücke nuptiae und matrimonium geltend machen. Jedoch ein Blick in die einschlägigen Titel der Quellen lehrt, dass zwar nuptiae zur Bezeichnung des durch die Hochzeit bewirkten Rechtszustandes der Ehe vollständig auf einer

Wenn man auch hier behauptet hat, der Gesichtspunkt der Injurie trete hinter dem des versuchten Ehebruchs vollständig zurück[11], so scheint dies auf der Annahme zu beruhen, dass beide Gesichtspunkte koordiniert sind und in Widerstreit geraten können. In Wirklichkeit ist der Gesichtspunkt der Injurie, welche die Verletzung aller persönlichen Rechte umfasst, dem des versuchten Ehebruches, sofern er als Verletzung der eheherrlichen Rechte aufgefasst wird, übergeordnet.

§ 19.

7.

Verletzung öffentlicher Standesrechte.

Das Vergehen der Fälschung des Urteils über die Standeszugehörigkeit einer Person, hatten wir oben als Fall der Infamation kennen gelernt. Hier handelt es sich um Angriffe auf den Bestand dieser Rechte durch den Versuch ihrer Zerstörung und um Verletzungen der Wirksamkeit derselben durch Behinderung in der Ausübung.

I.

Der Freiheitsprozess.

Es kommt zunächst der Fall in Betracht, dass jemand ein angebliches Herrenrecht über einen Anderen als Sklaven im Prozesse entweder als Kläger geltend macht oder als Beklagter verteidigt, obwohl er weiss, dass der Betreffende ein Freier ist und ihm keinerlei Rechte an ihm zustehen l. 11 § 9, l. 12 D. h. t., l. 31 C. 7. 16, l. 10 C. h. t. Nur wenn der Prozess Voraussetzung der Geltendmachung der Entschädigung wegen Eviktion ist, bleibt derjenige, welcher ihn anstrengt oder sich auf ihn einlässt, mit der Strafe verschont, l. 12 D. h. t., l. 26 D. 40. 12.

Stufe mit matrimonium gebraucht wird, dass aber die Handlung der Verehelichung selber durch matrimonium nie allein, sondern nur in Verbindung mit einem Verbum, durch das Substantiv nuptiae dagegen schon allein und vorzugsweise bezeichnet werden kann. Ausserdem scheint nach l. 2. 4 pr. C. 5. 1 pactum de nuptiis ein sehr gewöhnlicher Ausdruck für sponsalia gewesen zu sein. Es ist daher sprachlich sehr wohl möglich, dass in der Gegenüberstellung matrimonium von der bereits abgeschlossenen, nuptiae dagegen von der erst abzuschliessenden Ehe gebraucht ist.

[11]) Seeger, Versuch S. 36.

Die regelmässige Behandlung der Frage nach dem Stande der Freiheit im Wege des Zivilprozesses[1]) gab jedermann die Möglichkeit, sei es durch Anstrengung einer Klage, sei es durch Uebernahme der Defension in einem gegen ihn angestrengten Prozesse die ihm wohlbekannte Freiheit des Anderen ernstlich zu gefährden, indem er ihren Bestand den Fährlichkeiten eines dem Prozesse um Hab und Gut im Wesentlichen analogen[2]) Verfahrens aussetzte. Endete nun ein solcher Prozess mit der Feststellung der Freiheit des angeblichen Sklaven, so erschienen die gewöhnlichen poenae temere litigantium zur Ahndung des dolosen Verhaltens des Klägers oder des Beklagten nicht ausreichend[3]). Sie waren eben nur auf den dolosen Angriff auf das Vermögen zugeschnitten und konnten der Antastung der ganzen bürgertlichen Existenz. wie sie in chikanöser Führung eines Freiheitsprozesses lag, nicht gerecht werden. Andererseits aber versagte hier sowohl die lex Fabia als auch die calumniae accusatio. Dem Vorwurf der widerrechtlichen Begründung oder Aufrechterhaltung eiues Herrenrechtes, der den Tatbestand der ersteren bildete, entging der Täter hier durch seine formelle Unterwerfung unter den Richterspruch. Die kriminelle calumniae accusatio aber war im Zivilprozess und zwar auch bei den Statusklagen ausgeschlossen[4]). Es hätte nun nichts im Wege gestanden im Anschluss an die poenae temere litigantium den Kläger durch eine Erhöhung der Quote des iudicium calumniae, den Beklagten durch Einführung einer besonderen Strafe, beide durch Anordnung der infamia zu strafen[5]). Die Materie jener poenae war nicht so einheitlich und in sich fest abgeschlossen, dass man Ausnahmen oder Zusätze zu Gunsten einzelner Klagen gescheut hätte. Wenn daher hier die actio iniuriarum gewählt wurde, so kann dies nicht daran liegen, dass die Aufstellung von Ausnahmevorschriften für eine bestimmte Klage innerhalb jener Materie unmöglich oder un-

---

[1]) Bethmann-Hollweg II. 330. 331, Puchta, Institutionen II. 124.

[2]) Ausnahmen zu Gunsten des Prinzipes der materiellen Wahrheit bei Keller, Litis Contestation S. 392 f.

[3]) Die Erhöhung der mit dem iudicium calumniae einzuklagenden Busse bezog sich nur auf den Fall chikanöser assertio in libertatem Gai. IV. 175.

[4]) Raspe, Calumnia, S. 112. 134. 135.

[5]) Nur die criminelle calumnia infamierte. D. 3. 2. 1.

bequem erschien. Sondern wir müssen den Grnnd der Injurienklage darin sehen, dass die Injurie für den in der chikanösen Führung eines Freiheitsprozesses liegenden Angriff auf den Porsonstand die materiell zuständige Kategorie war[6]).

II.

Die Aufgreifung eines Freien als fugitivus.

Die Suche nach dem flüchtigen Sklaven war durch mehrfache rechtliche Regelung zu einem gegenüber der Suche nach anderer Habe durchaus individualisierten Verfahren ausgestaltet worden, dessen Grundzüge wir uns vergegenwärtigen müssen, um die Gehässigkeit seiner Anwendung gegen einen Freien zu verstehen. Der suchende Eigentümer und die in seinem Auftrage Handelnden hatten das Recht, zum Zwecke der Verfolgung fremde Grundstücke zu betreten l. 1 pr. D. 11. 4. Bestimmte Behörden waren verpflichtet, ihn innerhalb ihrer örtlichen Zuständigkeit durch Zuweisung von Unterbeamten, ausserhalb derselben durch litterae an die dort zuständigen Beamten zu unterstützen l. 1 §§ 2. 3 D. l. c. Der Dritte, der einen flüchtigen Sklaven aufgriff, war verpflichtet ihn an bestimmte Behörden abzuliefern. Von diesen sollte der Flüchtling in strengem Gewahrsam gehalten werden. Fesselung war ausdrücklich gestattet. Name und Personalbeschreibung wurden öffentlich bekannt gemacht, l. 1 §§ 3—8 a, l. 4 D. l. c. Erkannte der angebliche Herr den Flüchtling nicht als seinen Sklaven an, so wurde dieser von Amtswegen an einen Dritten verkauft, Paul. Sent. I. 6. A.[7]).

Alle diese Bestimmungen waren im Interesse des Verfolgers gegeben. Von einer Garantie für den Verfolgten ist nirgends die Rede. Die Behörden werden weder bei der Hilfeleistung, noch auch, wenn ihnen der Flüchtling zum Gewahrsam abgeliefert wird, zur Prüfung seines Standes verpflichtet. Vielmehr setzte der Privatmann den amtlichen Apparat auf eigene Verantwortung

---

[6]) Der Schwere des Angriffs wurde später dadurch Rechnung getragen, dass jeder über die Freiheit erkennende Gerichtshof das Recht hatte, den chikanösen Kläger im Anschluss an den Ausgang des Freiheitsprozesses mit Exil zu bestrafen, l. 39 § 1 D. 40. 12.

[7]) Ueber das Ganze ausführlich Voigt, Berichte über die Verhandlungen der kgl. sächs. Gesellschaften der Wissenschaften zu Leipzig, Phil. — Hist Klasse Bd. 36. 1885. S. 331 f.

in Bewegung. Da nun das Verfahren nicht nur gegen äusserlich kenntliche Sklaven sondern auch gegen denjenigen zulässig war, der die Haltung eines freien Mannes zur Schau trug (l. 2 D. l. c.), so war jederzeit die Möglichkeit gegeben unter Ausnutzung des formalen Rechtes einen Freien der peinlichen Prozedur zu unterwerfen. War freilich die Apprehension nur Mittel zur Verwirklichung der Absicht, den Freien dauernd widerrechtlich als Sklaven festzuhalten, so lag der Tatbestand der lex *Fabia* vor l. 6 § 2 D. 48. 15. Liess aber der Verfolger den angeblichen Flüchtling alsbald wieder los, so wurde die Unterwerfung desselben unter die widerwärtige auf Sklaven berechnete Prozedur mit der Injurienstrafe gebüsst l. 22 D. h. t.

III.

Nach Quint. Inst. Or. 3, 6, 18 begründet die Wegweisung des Berechtigten von dem ihm gebührenden **Vorzugsplatz im Theater** die Injurienklage gegen den Beamten der Vorstellungspolizei, offenbar unter dem Gesichtspunkte der Antastung eines Standesvorrechtes, da nicht die Behinderung schlechthin, sondern die Entfernung von dem Ehrenplatze den Tatbestand bildet und der Rechtsstreit auf die Frage der Existenz des Vorrechtes sich zuspitzt[8]).

IV.

Nach *Mommsen* machte die Ehrenminderung im römischen Gemeinwesen sich „anfänglich in der Weise geltend, dass ein jeder Magistrat, bei welchem ein **Bürgerrecht** in Anwendung kommt, den bescholtenen Mann dabei nicht zulässt"[9]). *Seneca* pater erwähnt in zwei Fällen als Klage des Bürgers wegen vermeintlichen Missbrauches dieser Befugnis durch den Magistrat die actio iniurarium[10]). Man wird zugeben müssen, dass ihre Gewährung hier möglich war, auch wenn man die phantastischen Tatbestände, welche Seneca anführt, für fingiert hält. Auch hier

---

[8]) Umfangreiches Material zu dieser Stelle in Lemaires Ausgabe des Quintilian. Ferner Opet, Theaterrecht S. 126. Not. 15.

[9]) Strafrecht S. 993.

[10]) Seneca (pater), Contr. 35, l. X (6) = Exc. Contr. X, 6: fur concione prohibeatur. Idem Exc. Contr. V 6: impudicus concione prohibeatur.

würde eine Injurienklage wegen Verhinderuug in der Ausübung öffentlicher Rechte vorliegen.

§ 20.

8.

Alienatio mentis.

In l. 15 pr. D. h. t. wird die Injurienklage gegeben, „si quis mentem alicuius medicamento aliove quo alienaverit". Die dolose Beschädigung der geistigen Gesundheit ist hiernach ein selbstständiger Tatbestand. Gegen die selbständige Bestrafung solcher Handlungen[1]) hat man für das moderne Recht eingewendet, dass die Störung der Geisteskräfte um ihrer selbst willen zu selten vorkomme, um die Aufstellung einer besonderen Vorschrift nötig zu machen, während dem praktischen Bedürfnis durch Strafdrohungen gegen die erfahrungsgemäss häufigsten Mittel jener Verletzungen (Vergiftung und andere körperliche Beschädigungen) vollkommen Rechnung getragen sei, auch wohl, dass die Herbeiführung einer Geistesstörung nicht als berechenbarer Erfolg in der Macht des Handelnden stehe[2]).

Dies alles gilt nicht in gleichem Masse für römische Verhältnisse. Hier muss vielmehr die ausserordentliche Verbreitung der Magie in Betracht gezogen werden, deren Jünger aus der Erzeugung abnormer psychischer Zustände geradezu ein Gewerbe machten, sei es zur Erregung von Liebe und Hass, oder zur Schädigung dritter aus Rache, zur Erweckung oder Bannung irdischer Leidenschaft oder zur Herbeiführung ekstatischer Zustände, in denen ein Ausblick in die überirdische Welt oder ein Verkehr

---

[1]) Für die sich Tittmann aussprach: Handbuch II. Aufl. S. 366. § 179 und vorher in einer mir nicht zugänglichen Dissertation „De delictis in vires mentis commissis." Lips. 1795. Dafür auch Schmidt im Gerichtssaal 42. S. 57 ff., wo die ganze spätere Literatur berücksichtigt ist (Kaspar Hauser.)

[2]) Abegg, Abhandlungen Seite 399 ff. Seite 405. 408, Binding Lehrbuch I. 80. 81, vergl. § 224 R.-St.-G.-B. und dagegen Schmidt l c.

Ich glaube, dass für den Missbrauch der Hypnose heute weder das Argument der Seltenheit, noch das der Unberechenbarkeit des Kausalzusammenhanges, noch auch dasjenige der lückenlosen Poenalisierung der Begehungsmittel zutrifft. Weder die Mittel der Hypnose noch sie selbst und ihre Folgen lassen sich ohne Zwang als Körperverletzung ansprechen.

mit übernatürlichen Wesen winkte[3]). Die Magier selber nun standen unter besonderen strengen Gesetzen[4]). Aber die Allgegenwart der Magie und ihrer Erfolge verschaffte ihren Praktiken auch im breiteren Publikum Eingang[5]). Chemische Einwirkungen durch Liebestränke und Eifersuchtsdrogen[6]) scheinen auch ausserhalb der Kreise der gewerbsmässigen Magier an der Tagesordnung gewesen zu sein[7]) und auch für den keineswegs immer ungefährlichen Ausgang ihrer Anwendung besitzen wir Belege[8]). Aber man darf nicht an chemische Einwirkungen ausschliesslich denken (quo alio). Einzelne wohl auch in das Publikum übergegangene Praktiken der Magier weisen darauf hin, dass den Alten auch Mittel zur hypnotischen Einschläferung bekannt waren[9]). Man denke schliesslich an die in allgemeiner Uebung befindlichen incantamenta, an deren Wirksamkeit man jedenfalls g l a u b t e. Die hiernach weitverbreitete Ueberzeugung von der (wirklichen oder vermeintlichen) Möglichkeit durch äussere, sehr verschiedene Mittel das geistige Leben eines Andern von seinem normalen Verlauf abzulenken, und ihre häufige Umsetzung in die Tat schuf für den Juristen den uns fehlenden besonderen Handlungstypus des „mentem alienare." Was den Vorsatz betrifft, so darf man nach der Fassung der Stelle nicht annehmen, dass Schädigung des Angegriffenen Endzweck der Handlung sein musste. Die Erfahrung lehrte, dass es nicht in der Macht des Täters stand, die Verrückung des Geistes genau auf seinen, dem andern vielleicht unschädlichen Zweck zu beschränken. Wer Liebe oder Hass erregen wollte, war auch für den furor verantwortlich, den sein Mittel erzeugte.

---

3) Man vergleiche den Artikel „Magie" in Paulys Realencyclopaedie, Band IV, insbes. Seite 1407 ff.

4) Mommsen, Strafrecht, Seite 639.

5) Ein Analogon aus unserer Zeit ist der Missbrauch der Hypnose durch Dilettanten. Ueber die Verbreitung des Liebeszaubers vergl. Friedländer, Sittengeschichte I. 458.

6) Pernice, Seite 30. N. 3.

7) Livius VIII. 18. Coquentes (matronas) quaedam medicamenta invenerunt.

8) Suet. Cat. 50. Creditur potionatus a Caesonia uxore amatorio quidem medicamento, sed quod in furorem verterit.

9) Paulys Realencyklopädie IV. S. 1377 ff. und bestimmt: Maury, La magie et l'astrologie dans l'antiquité et au moyen âge. Paris 1860. S. 426 ff.

Die Zusammenstellung des mentem alienare mit der Körperverletzung halte ich trotz zes Ausspruches von Quint. Decl. 14,5[10]) nicht für angänglg, da sie wider den Geist der das Recht der Körperverletzung beherrschenden Norm (Verbot des pulsare und verberare) verstossen würde und der auf beide anwendbare Begriff der Gesundheitsverletzung dem römischen Recht jedenfalls unbekannt ist.

§ 21.

9.

Nennung auf der Bühne.

Der Autor ad Herennium berichtet in I. 14 und II. 13. 19 von Injurienprozessen gegen Schauspieler wegen namentlicher Erwähnung jemandes auf der Bühne[1]). Geschah dies unter Aeusserung eines für den Betroffenen ungünstigen Urteils über seine Persönlichkeit, so war das natürlich eine durch die Oeffentlichkeit der Begehung erschwerte Infamation. Aber Wortlaut und Sinn der angegebenen Stellen deuten, namentlich wenn wir den von Augustinus Civitas Dei II. 9 überlieferten Satz aus Cic. de re publ. IV. 12. „veteribus displicuisse Romanis vel laudari quemquam in scena vivum hominem vel vituperari“ berücksichtigen, darauf hin, dass schon die blosse Erwähnung eines Lebenden auf der Bühne ohne eigentliche Ehrenbeleidigung als iniuria aufgefasst wurde[2]). Da nichts darauf hinweist, dass es sich in den entschiedenen Fällen um eine Dramatisierung der Lebensschicksale oder eine Bühnenverkörperung eines Lebenden oder auch nur darum gehandelt hätte, dass der Autor einer der Personen des Stückes den Namen eines Lebenden beigelegt hatte[3]), so haben

---

[10]) „quid refert animo noceat quis an corpori.“ Pernice S. 30. n. 3.

[1]) Autor ad Her. I. 14. 24. Mimus quidam nominatim Accium poetam compellavit in scena. Cum eo Accius iniuriarum egit. Hic nihil aliud defendit nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda.

Idem II. 13. . 19.

Item: C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit.

[2]) Das compellari in Autor ad Herenn. I. 14. 24 kann schelten, aber auch bloss nennen, heissen, erwähnen, bedeuten. Die Verteidigung des Schauspielers weist auf schlichte Erwähnung hin.

[3]) Opet, Theaterrecht, Seite 145, n. 58 und Seite 134, n. 4.

wir es hier offenbar mit einer ganz eigentümlichen römischen und dem modernen Verständnis nur schwer zugänglichen Deliktsfigur zu tun. Die Beunruhigung, die für den Betroffenen mit dem Bewusstsein verbunden ist, durch öffentliche Erwähnung seines Namens in aller Mund zu sein, können wir bei der schlichten Erwähnung nachfühlen. Nicht eben so plausibel jedoch erscheint uns ihre Rechtserheblichkeit als persönliche Verletzung. Zur Erklärung wird man die uns unbekannte Bescholtenheit nicht nur des Bühnenpersonals, sondern des ganzen Theaterwesens, die Missachtung, mit welcher der Römer vom alten Schlage es betrachtete, heranziehen müssen[4]). Es war ihm unangenehm, dass an solchem Orte sein Name, das sprachliche Symbol seiner Persönlichkeit, genannt wurde. Dazu kommt vielleicht eine besondere Steigerung der allgemeinen menschlichen Scheu, vor die Oeffentlichkeit gezerrt zu werden, die sich auch in dem regelmässigen Ehrenvorbehalt der römischen Gerichtsredner zu Gunsten einer mit Namen genannten Person ausdrückt[5]). Wenn übrigens die beiden oben erwähnten Entscheidungen, von denen die eine freispricht, die andere verurteilt, unter gleichen Voraussetzungen ergingen, so wäre dies ein Beweis dafür, dass auch den „veteres Romani" (Cic. de re publ. IV. 12) die Rechtserheblichkeit der blossen Erwähnung nicht über allen Zweifel erhaben war.

§ 22.

10.

Vestimenta scissa.

l. 9 pr. D. h. t. an et si non corpori, ut puta vestimentis scisses . . . . (sc. iniuriam fieri).

Nach l 27 § 18 D. 9. 2 verpflichtet das Zerreissen des Kleides zum Ersatz des Vermögensschadens. Wenn nun hier die Injurienklage gegeben wird, so dürfen wir wohl unbedenklich davon ausgehen, dass es sich nicht um das Kleid in der Truhe handelt, sondern um das auf dem Leibe des Menschen. Seine Verletzung ist Injurie nicht etwa wegen der damit verbundenen Berührung

[4]) Mommsen, Röm. Gesch. I. Seite 460 und 895.

[5]) Statt vieler Belege: Cicero in Verrem or. I. 18. „Gajus Curio, quem ego hominem honoris potius quam contumeliae causa nominatum volo".

des Körpers, denn sie wird von der iniuria corpori facta ausdrücklich unterschieden. Wir haben es also mit einem selbstständigen Injurienfall zu tun. In der Verletzung der Würde des äussern Auftretens[1]) möchte ich das Wesen des Falles nicht suchen, teils aus allgemeinen Gründen, weil mir das dann im Hintergrund liegende Verbot jemanden einer peinlichen Situation auszusetzen, formell zu weit und verschwommen, inhaltlich aber für sich allein nirgends für eine poenale Sanktion erheblich genug erscheint[2]), teils weil von einer erheblichen Beschämung doch nur bei öffentlicher Begehung die Rede sein könnte, während in der Stelle selbst keinerlei Einschränkungen gemacht sind. Dagegen ergibt sich uns eine einfache Erklärung aus der psychologischen Tatsache, dass die am Körper befindliche Kleidung für unser Bewusstsein in einer besonders nahen Beziehung zu unserer Person steht. Diese Tatsache gibt sich im Sprachgebrauch des täglichen Lebens in zahlreichen Wendungen kund, wie z. B. „ich bin bestaubt, ich bürste mich ab,“ während doch die Kleidung bestaubt ist und abgebürstet wird. Der Grund dieser Erscheinung ist darin zu suchen, dass die Kleidung am Leibe, sowie der Leib selbst meinem Willen weit unmittelbarer unterworfen ist als die Dinge ausserhalb meines Körpers[3]). Die angezogene Kleidung wird gewissermassen zur Pertinenz des Körpers und geniesst damit wie dieser, der doch im Gegensatz zu meinem geistigen Ich auch nur ein Ding der Aussenwelt ist, über ihre Bedeutung als Ding der Aussenwelt und Vermögensgegenstand hinaus, einen erhöhten Schutz.

§ 23.

11.

Contaminatio.

In Paul. Sent. V. 4. 13 = l. 1 § 1 D. 47. 11 finden wir drei Gruppen von Handlungen zusammengefasst, von denen zwei trotz ihrer Bezeichnung als Injurie aus dem Rahmen der Verletzung des Einzelnen herausfallen. Diese beiden Gruppen stellen gewissermassen wilde Triebe dar, deren Hervorsprossen am Stamme

---

1) Landsberg, S. 45, 46, 57.

2) Vergleiche S. 106. 145.

3) Lipps, Das Selbstbewusstsein, S. 1 ff., 20 ff., 36 ff.

der Injuria logisch gewiss nicht gerechtfertigt werden kann, jedoch psychologisch erklärt werden muss.

I. Die erste Gruppe der Handlungen wird mit den Worten bezeichnet: si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno luto oblinierit.

Fimus heisst Mist, Dünger, Koth, Schmutz — und die Hinzufügung von corrupto soll hervorheben, dass es sich nicht um irgend welche beliebige Verunreinigung, sondern um Beschmutzung mit verdorbenen also Ekel erregenden Stoffen handelt, caenum bedeutet Schmutz, Kot, Unflat, stets mit dem Nebenbegriff des Ekelhaften, lutum die feuchte Erde, Kot, Dreck[1]).

Das Ueberschütten oder Beschmieren eines Menschen mit diesen ekelerregenden Stoffen enthält eine Verletzung des Angegriffenen zunächst in seinem körperlichen Wohlbefinden, daneben bedeuten aber jene Handlungen als äusserst drastische, symbolische Aeusserungen der Verachtung auch eine Verletzung der Ehre. Die symbolische Beziehung der Handlung besteht darin, dass man den Menschen im Wert gleichsam auf eine Stufe stellt mit jenen Ekel und Widerwillen erregenden Dingen[2]).

Dieser Fall also lässt sich ohne Schwierigkeit den Injurien beizählen, anders aber verhält es sich mit den beiden andern Handlungsgruppen:

II. aquas spurcaverit, fistulas lacus,
III. quidve aliud
in iniuriam publicam contaminaverit.

Unter II. ist von der Verunreinigung des Leitungswassers, der Leitungsröhren und endlich der öffentlichen Brunnenbecken die Rede. Es ist nicht angängig, hier den Gesichtspunkt der häuslichen Belästigung heranzuziehen[3]), denn die aquae bedeuten ganz allgemein das Leitungswasser, fistulae sind die Leitungsröhren ohne Rücksicht darauf, ob sie das Wasser in Privathäuser oder zu den öffentlichen Wasserbehältern, Wasserkünsten oder

---

[1]) Nach Georges.

[2]) Der Schaden, der hiedurch etwa an der Kleidung verursacht wurde, war besonders mit a° legis Aquiliae verfolgbar. D. 9. 2. 27. 17.

[3]) Wie Mommsen will, Strafrecht 793. n. 4.

Brunnenbecken führen, die lacus endlich sind die der Benützung durch das Publikum offenstehenden Brunnentröge[4]).

Endlich wird III. der Beschmutzung des einzelnen Menschen und der Verunreinigung des Wassers die Befleckung von irgend etwas anderem (quidve alind) zur Seite gestellt. Zur näheren Bestimmung muss man den Worten in iniuriam publicam entnehmen, dass es sich um eine öffentliche, d. h. dem gemeinen Gebrauch zugängliche Sache handelt und dem Wort contaminare, dass auch hier nicht eine beliebige Verunreinigung in Frage kommt, sondern ein Beflecken, Besudeln, Entweihen durch besonders ekelerregende Substanzen.

Alle drei Fälle werden extra ordinem bestraft. Wenn Paulus sie trotzdem beim Injurienrecht behandelt, so ist dies für den ersten Fall wegen seiner materiellen Verwandtschaft mit andern Injurienfällen (Körperverletzung, Ehrenbeleidigung) verständlich. In den beiden andern Fällen ist das verletzte Rechtsgut zweifellos nicht das eines Privaten, sondern einerseits die Benützung der Wasserleitung als Quelle der Gesundheit und zahlreicher Annehmlichkeiten[5]), anderseits die durch die Verunreinigung beeinträchtigte Benützung öffentlicher Anlagen, wohl auch rein ästhetische Interessen.

Die Zusammenfassung der vom Standpunkte des Rechtsgutes so durchaus verschiedenen Verletzungen zu einer besonderen Handlungsgruppe findet ihre Erklärung in der Eigenart des gemeinsamen Begehungsmittels. Der Verunreinigung als Erzeugung starken Ekels und als Entweihung der Personen und Sachen wohnt wegen des starken Widerwillens, den sie erregt, eine besondere psychische Kraft bei. Das naive Bewusstsein wird leicht diesem Eindruck erliegen und ihn zum bestimmenden Faktor der Kategorieenbildung unter Hintansetzung des Unterschiedes in den verletzten Rechtsgütern machen[6]). Zieht man

---

[4]) In der Berechnung der von den einzelnen Wasserleitungen gelieferten Quantitäten wird das den lacus gelieferte Wasser aufgezählt als ein Teil desjenigen, welches usibus publicis geliefert wird. Frontin. 78–84. 86. 88.

[5]) Vell. Pat. 2. 81. 2.

aqua . . . . quae hodieque singulare et salubritatis instrumentum et amoenitatis ornamentum est.

[6]) Eine ähnliche Erscheinung zeigt § 366 N. 7 des R.-St.-G.-B., der bei dem Verbot des Werfens von Unrat dem Menschen Zugtiere, fremde Gebäude etc. gesellt.

dann noch in Betracht, dass die in der Verunreinigung liegende Ehrverletzung des Menschen bei Beschmutzung der erwähnten Sachen ein Analogon in einer gewissen Entweihung besitzt, so ist die Einreihung der gesamten Gruppe unter das Injurienrecht psychologisch vollständig erklärt. Man hat darum nicht nötig, um der Stellung der zu II. und III. erwähnten Handlungen im System des Paulus gerecht zu werden, eine Verletzung von Rechtsgütern eines Einzelnen oder eine Injurie gegen das Publikum hinein zu interpretieren[7]).

§ 24.

12.

Verletzung des Testamentsgeheimnisses.

Es kommen hier in Betracht die beiden Stellen

1. l. 1 § 38 D. 16. 3,

2. l. 41 pr. D. 9. 2.

In beiden Fällen handelt es sich um denjenigen, bei welchem ein Testament deponiert ist. In der ersten Stelle ist nur davon gesprochen, dass der Depositar das Testament Mehreren vorgelesen hat. Es werden gegen ihn die a° depositi und die a° iniuriarum gegeben. Die zweite Stelle spricht von der Zerstörung oder Vorlesung des Testaments vor Mehreren. Sie hält eine a° in factum und die Injurienklage für angemessener, als die Klage wegen Sachbeschädigung. Die Injurienklage aber ist in beiden Fällen durch den jedesmal mit si beginnenden Schlusssatz in ausdrückliche Abhängigkeit gestellt von dem rechtswidrigen Vorsatz des Depositars, die geheimen Anordnungen des Testators bekannt zu machen. Es folgt daraus ganz unzweifelhaft, dass der Kern des Deliktes die Preisgabe des Testamentsgeheimnisses ist. Dieses wird hier als selbständiges Rechtsgut anerkannt.

Wir dürfen uns in dieser Erkenntnis nicht dadurch beirren lassen, dass nur die Verletzung der vertragsmässig übernommenen Geheimhaltungspflicht bestraft wird. Denn entweder, es ist dies nur ein Merkmal des uns zufällig allein überlieferten konkreten

[7]) Gegen eine Popularklage in diesem Sinne mit Recht Ubbelohde IV. S. 169. 170, Pernice S. 40. not. 5 meint, der Wortlaut des Ediktes habe vorgeschwebt. Aber sollte die allgemeine Verwandschaft durch das adversus bonos mores fieri (nur sie kann gemeint sein) zur Erklärung ausreichen?

Anwendungsfalles, während die Norm selbst allgemeiner war[1]). Oder auch wir haben es hier mit der in der Rechtsentwicklung häufigen Erscheinung zu tun, dass ein allgemeiner Entfaltung fähiger Rechtsgedanke zunächst mit verschiedenen Beschränkungen auftritt, die, rein logisch genommen, mit seinem Wesen nichts zu tun haben. Die Verletzung eines an sich schutzwürdigen Rechtsgutes wird zunächst nur unter bestimmten erschwerenden Umständen bestraft. So mochte auch die Verletzung des Testamentsgeheimnisses in dem besonders krassen Falle einer Begehung durch den Depositar wegen des erschwerenden Umstandes, der im Bruch der Vertragstreue lag, zu allererst die rechtliche Reaktion herausfordern[2]). Man darf daher dieses Tatbestandsmoment nicht zu dem eigentlichen Grunde des Deliktes erheben, um durch Verallgemeinerung zu dem Satz zu gelangen, dass nach römischer Auffassung jede schnöde Vertragsverletznng eine Injurie gewesen sei und eine entsprechende Klage nur deswegen nicht begründet habe, weil bei der Elastizität der bonae fidei judicia bereits die Vertragsklage ausreichende Sühne bot[3]). Aus den beiden an die Spitze unseres Abschnittes gesetzten Stellen lassen sich dergleichen weitgehende Folgerungen nicht ziehen. Denn beide heben die Notwendigkeit der Beziehung der Absicht auf die Publikation ausdrücklich hervor und geben damit zu erkennen, dass der Grund der Klage in der Verletzung des eigenartigen Rechtsgutes, dessen Wahrung vertraglich übernommen war, liegt. Analoge Ausdehnung auf vertragsmässige Wahrung anderer Rechtsgüter darf wegen der Eigenart des Testamentsgeheimnisses ohne ausdrückliches Zeugnis der Quellen nicht angenommen werden.

Ebensowenig darf man bei dem Mangel jedes ausdrücklichen Zeugnisses von einem Schutz des Privatgeheimnisses überhaupt reden. Wir wissen zwar, dass auch das Briefgeheimnis

---

[1]) Die von Pernice, S. 40 not. 1 behauptete Erstreckunng des Verbotes auch auf die Zeugen geht aus den von ihm zitierten Stellen Dio Cass. 50. 7, Plut. Anton. 58. 2 nicht hervor.

[2]) Auch unser Recht straft nur die Offenbarung eines kraft Standes oder Gewerbes anvertrauten Geheimnisses, obwohl in einzelnen Fällen ein Verrat auch abgesehen von diesen seltenen, regelmässig erschwerenden Umständen strafwürdig sein kann.

[3]) Jhering, Rechtsschutz S. 211 ff. Maschke, S. 61.

der römischen Sitte heilig war[4]), aber der typische Wertabstand zwischen dem Brief- und dem Testamentsgeheimnis ist so bedeutend, dass die Straflosigkeit der Verletzung des einen mit der regelmässigen Bestrafung im andern Falle wohl bestehen kann. Der Verrat des letzten Willens setzt den Testator selbst der Rache der Enttäuschten, seine freie Willensbestimmung der Furcht, die Urkunde der Gefahr der Beseitigung durch die, welche sich geschädigt glauben, aus. Das Testamentsgeheimnis ist das Palladium der Freiheit und der sicheren Durchführung des letzten Willens[5])[6]).

§ 25.

13.

Störung des Rechtsfriedens.

Es handelt sich hier um die Stelle l. 13 § 3 D. h. t:

> si quis per iniuriam ad tribunal alicucius me interpellaverit vexandi mei causa, potero iniuriarum experiri.

Von dem formellen Klagerecht als der Befugnis, auf Grund der Behauptung eines Anspruchs gegen jemanden einen Prozess anzustrengen oder zu führen, ist zu unterscheiden das formelle Ladungsrecht mit dem Inhalt, das Erscheinen jemandes an Gerichtsstelle zu veranlassen. Ausübung und Missbrauch beider können zusammenfallen, müssen es jedoch nicht. Im Zivilprozess

---

[4]) Cic. Phil. II. 4. 7, quis enim umquam, qui paulum modo bonorum consuetudinem nosset . . . . . litteras ad se ab amico missas offensione aliqua interposita in medium protulit palamque recitavit?

[5]) Jhering, Geist II. S. 12, 13. n. b. 7.

[6]) Es handelt sich hier um Höheres, als um die blosse Ungehörigkeit, solche Geheimnisse in die Mäuler der Leute zu bringen. Pernice S. 40. n. 1; Maschke S. 59 ff. nimmt einen Rechtssatz an, dass jedes Testament durch Eröffnung bei Lebzeiten des Testators ungültig werde und sieht das Injuriöse der Verletzung dann in erster Linie in der Vereitelung der gesamten Dispositionsbefugnis. Der vorausgesetzte Rechtssatz existiert aber in Wirklichkeit gar nicht. Dagegen wird mehrfach von solchen die Integrität der Urkunde zerstörenden Handlungen, welche der Eröffnung dienen können (Zerschneiden des Fadens, mit dem sie umwickelt war, D. 37. 1. 1. 10, ferner Anschneiden der Urkunde selbst, D. 38. 6. 1. 8) ausdrücklich hervorgehoben, dass sie die Gültigkeit des letzten Willens gar nicht berühren, wofern nicht der Testator sie in der Absicht des Widerrufs bewirkt hat. Umfassende Quellenangaben in diesem Sinne bei Windscheid, Pandekten III. § 564. n. 8.

stehen auf missbräuchliche Ausübung des formellen Klagerechts die poenae temere litigantium, welche jedoch die Erledigung des Prozesses durch Verurteilung oder Abweisung voraussetzen. Fand der Prozess aus irgendwelchen Gründen dies regelmässige Ende nicht, stellte sich z. B. schon in iure die Haltlosigkeit des klägerischen Anspruches heraus, so lag immerhin der Tatbestand chikanöser Ladung vor[1]. Im klassischen Prozess konnte der Missbrauch der Ladung zum Vorverfahren in iure sich als reiner Missbrauch des Ladungsrechtes darstellen, wenn der Ladende selbst in iure nicht erschien, oder zwar erschien, aber keinen Anspruch geltend machte, allgemein gesagt, wenn er die Ladung nur zur Chikane des Geladenen, nicht zur Einleitung eines Prozesses bewirkt hatte. Auch im gerechten Prozesse war absichtliche Belästigung des Gegners durch Ladung vor einen unzuständigen Richter[2], durch Täuschung über Ort und Zeit eines vom Gericht angesetzten Termines möglich.

Im Strafverfahren wurde nur die falsche Anklage als calumnia bestraft; auch hier konnte im Falle doloser Ladung vor eine falsche quaestio oder später ein falsches Forum eine Injurienklage begründet sein[3].

Man denke ferner an Missbrauch des formellen Rechtes der Zeugenladung in beiden Prozessen[4].

Die Formel des interpellare ad tribunal vexandi causa ist weit genug, um alle diese Fälle zu umspannen[5].

Die Verletzung des Geladenen besteht in einer ganz eigenartigen Kombination von Störungen: Zeit- und Geldverlust, der Weg, das Warten, die eigentümliche Beunruhigung des still dahinlebenden Bürgers durch die persönliche Berührung mit dem Mechanismus der Rechtspflege ergeben in ihrer Gesamtheit eine

---

1) Ubbelohde I. 329 für die Interdikte.

2) Die gleichfalls zur Folge verpflichtete. l. 2 pr. D. 1. 5.

3) Raspe, Calumnia, S. 135.

4) Ueber dieses Recht im Strafprozess Mommsen, Strafrecht S. 408 ff.

5) Mommsen, Strafrecht S. 794. n. 1 versteht die Bestimmung nur von einer Mahnung in öffentlicher Gerichtssitzung. Aber das vexare umfasst jede Chikane nicht bloss die Infamation und darum wird auch das interpellare im Sinne von „laden“ zu verstehen sein, was nach dem Sprachgebrauch durchaus zulässig ist. Wieding, Libellprozess S. 199. Belege bei Brissonius s. v. interpellare. In unserem Sinne auch Basilica 50. 21. 13.

charakteristische Verletzung des Einzelnen, die man gut als Störung seines Rechtsfriedens bezeichnet hat[6]).

Als Illustration zu unserer Stelle möchte ich auf D. 43. 24. 18. 1 und D. 47. 2. 67. 2 hinweisen. Im ersten Falle veranlasst jemand, der ein opus novum vor hat, eine Behörde, dem Gegner persönliches Erscheinen vor Gericht aufzulegen, um in dessen Abwesenheit sein Vorhaben ungestört durch den Einspruch ausführen zu können. Im zweiten Falle ladet jemand einen Maultierhüter vor Gericht, um in seiner Abwesenheit die Herde bei Seite zu bringen. Beweisen auch diese Fälle für die Injurienklage nichts, so zeigen sie doch, dass der Missbrauch des Ladungsrechtes als Mittel zur Erreichung verbrecherischer oder doch rechtswidriger Zwecke dem römischen Leben nicht fremd war. Das heute wohl seltene[7]) Vergehen der Störung des Rechtsfriedens rückt im Zusammenhang mit diesen Stellen unserem Verständnis näher.

§ 26.

14.

Belästigung auf der Strasse.

Zur Aufstellung dieses besonderen Falles zwingt uns die Interpretation von l. 15 § 15 D. h. t. Die Stelle lautet:

> si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas minus peccare videtur; multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellarit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.

Das ist eine Erörterung zu dem Spezialedikt über das Ansprechen und die Beseitigung des Begleiters. In dem ersten Satze von „si quis“ bis „fuissent“ wird ausgesprochen, dass die Schuld bei solchen Angriffen auf Frauen geringer sei, wenn der Täter

---

[6]) Landsberg, S. 58.

[7]) Dem Verfasser ist in der Praxis folgender Fall begegnet: Eine Kaufmannsfrau erhielt eine polizeiliche Vorladung zur Vernehmung ohne Angabe, ob als Zeugin oder Beschuldigte. Es stellt sich heraus, dass sie als Zeugin für einen Gänsediebstahl angegeben war, von dem sie absolut nichts wusste. Es lag ein Akt der Chikane seitens einer ihr feindlich gesinnten Person vor, die es ausschliesslich auf ihre Beunruhigung und Belästigung abgesehen hatte. Nach geltendem Recht stand der Frau keine Satisfaktion zu.

nach der Kleidung, dem äusseren Zeichen des Standes, zur Annahme berechtigt war, dass er es mit einer Sklavin oder Prostituierten zu tun habe, mochte die Angegriffene eines von beiden in Wirklichkeit sein oder nicht[1]). Da der zweite Satz mit igitur die Konsequenzen aus der im ersten festgestellten geringeren Intensität der Schuld ziehen will, so erwartet man von ihm die Anordnung einer milderen Beurteilung des Falles. Aus diesem Gefühl heraus hat man den zweiten Satz durch Einschiebung eines non vor iniuriarum in sein Gegenteil verkehren und Straffreiheit annehmen wollen. Diese Korrektur ist jedoch nicht bloss textlich unzulässig, da sie ohne jeden Anhalt in der Ueberlieferung ist[2]), sie schiesst auch inhaltlich über das Ziel hinaus, da der erste Satz das Vorhandensein der Schuld ja nicht überhaupt leugnet, vielmehr nur einen milderen, geringeren Schuldgrad ausdrücklich feststellt. Vielleicht gelangen wir aber zu einer Lösung auf dem Umwege über die Feststellung der Normen, gegen welche sich in dem einen und dem anderen Falle der Verstoss richtet.

Der schwerste Schuldfall, mit welchem verglichen die Schuld in unserem Falle geringer erscheint, ist dem Juristen der Angriff auf die ehrbare und freie Frau, im Bewusstsein dieser ihrer Eigenschaften. Dieser Fall bildete offenbar, da sonst die ganze Ausführung gar keinen Zweck hätte, den ausschliesslichen Inhalt der dem Spezialedikt zu Grunde liegenden Norm. Der erste Satz stellt nun zweierlei fest: einmal, dass der Angriff auf eine Frau, mit der ihrem habitus entnommenen Ueberzeugung, dass sie eine Sklavin oder Prostituierte ist, minder schwer sei, als der Fall des Spezialediktes, sodann aber, dass er immerhin noch eine Verfehlung (peccatum) enthält. Aus der ersten Feststellung folgt, dass das Spezialedikt in diesem Fall nicht anwendbar ist, aus der zweiten, dass dennoch eine Bestrafung (vielleicht auf Grund des allgemeinen Ediktes) erfolgen muss. Aus dem so ermittelten Inhalt des ersten Satzes heraus ist dann der zweite zu interpretieren. Er stellt mit seinem allgemeinen „iniuriarum tenetur“ unter nochmaliger Hervorhebung des minder schweren

[1]) Vgl. not. 6.

[2]) Auch die Basiliken bejahen die Gewährung der Klage. Bas. 60. 21. 14. Pernice S 31. Not. 4.

Tatbestandes für diesen die Möglichkeit der Injurienklage auf Grund des allgemeinen Ediktes fest[3])[4]).

Die Ahndung auf Grund des allgemeinen Ediktes besagt jedoch noch nichts über die Norm, welche der Täter übertrat.

Bei der Sklavin fällt die Handlung offenbar unter des *Paulus* allgemeinen Gewohnheitsrechtssatz von der „adtemptata pudicitia.“ (D. h. t. 10 in Verbindung mit l. 9 § 4 h. t).

Dagegen versagen sowohl dieser als auch alle andern bisher entwickelten Deliktsbegriffe bei der Belästigung der Prostituierten. Von einem „agitur ut ex pudica impudica fiat“ kann natürlich keine Rede sein. Es verrät sich also hier die Existenz einer neuen Norm, welche belästigende und zudringliche Anreden, sowie die Störung der Begleitung auf der Strasse verbot und zur Sicherung des freien und ungehinderten Verkehrs des Einzelnen auf der Strasse überhaupt diente. Zum Verständnis des der meretrix gewährten Schutzes aber ist darauf hinzuweisen, dass die meretrices innerhalb der Prostituierten im Gegensatz zu den prostibula eine vornehmere und minder missachtete Klasse bildeten[5])[6]).

---

[3]) Man vgl. l. 15 § 21 D. h. t. non temptat pudicitiam sed iniuriarum tenetur, wo das iniuriarum tenetur offenbar auf die Klage aus dem generellen Edikte hinweist, da ja auch die adtemptata pudicitia im Wege der Injurienklage, nur eben in dem Falle, welchen der Jurist hier im Auge hat, mit der aus dem Spezialdelikte verfolgbar war.

[4]) Die geringere Schuld wird auch in der geringeren Bestrafung zum Ausdruck gekommen sein. Grundsätzlich allerdings lässt das Generaledikt für die Höhe der Strafe denselben Spielraum offen wie die Spezialdelikte. Darum steht die Gewährung der Klage auf Grund des generellen Ediktes hier in direkter Korrespondenz zur geringeren Schuld nicht als strafminderndem Momente, sondern als einem das Herausfallen aus dem Rahmen des Spezialediktes bewirkendem Umstande. Vielleicht stand der Beklagte bei dem allgemeinen Edikte insofern günstiger, als der Praetor, wenn ihm ein Tatbestand vorgetragen wurde, dessen Strafwürdigkeit ganz allgemein schon durch ein spezielles Edikt anerkannt war, sich wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich zur Gewährung eines iudicium verpflichtet fühlen mochte und eher geneigt war, es ohne weiteres zu erteilen.

[5]) Nonius Marcellus ed. Mueller II S. 4. 5. 423. 10

Inter meretricem et prostibulum hoc interest . . . . meretrix honestioris loci est et quaestus.

[6]) Man hat den Schutz der Sklavin und der Prostituierten nicht zugeben wollen und die Stelle so interpretiert, dass die Injurienklage hier aus dem Spezialedikt und nur wegen Belästigung ehrbarer, freier Frauen, die den Angreifer durch

§ 27.

15.

Die mittelbare Injurie.

Die mittelbare Injurie ist ein ausschliesslich dem römischen Rechte eigentümliches Phänomen. Sie ist, wie ich der Untersuchung vorgreifend gleich hier bemerken will, neben der besonderen Gestaltung der hausherrlichen Gewalt und der absoluten Vermögensunfähigkeit der Hausgenossen zu Gunsten des Hausherrn eine dritte selbständige juristische Konsequenz der eigentümlichen sozialpsychologischen Struktur der römischen Familie und Hausgenossenschaft.

Der Tatbestand dieser Erscheinung ist in Kürze der, dass die iniuriöse Verletzung eines abhängigen Gliedes der Hausgenossenschaft „cum (iniuria) fit liberis nostris" (l. 1 § 3 D. h. t.) als mittelbare Verletzung des Hausherrn selber gilt (per consequentias im Gegensatze zu directo ipsi patri familias). Die Natur dieser mittelbaren Beziehung ist das Problem der mittelbaren Injurie. Seine Lösung selbst setzt eine eingehende Darlegung des Tatbestandes voraus. Zu diesem Zwecke aber ist notwendig einmal die Abgrenzung gegen ähnliche Tatbestände, die zur Verwechslung Anlass geben können, ferner eine genaue Aufweisung der positiven Tatbestandsmerkmale selbst.

Mit der mittelbaren Injurie haben trotz äusserer Aehnlichkeit nichts gemein 1.) die Injurie durch blosse Verletzung einer Gewaltbefugnis, 2.) die gleichzeitige Injurie, 3.) eine Injurienart,

Verkleidung getäuscht hatten, gegeben wird. Aber wenn die römischen Juristen hier alles Gewicht auf die Kleidung legen, so tun sie dies praktisch denkend, wie immer, weil die Kleidung als äusseres Kennzeichen des Standes das einzig sichere Beweismittel für den Umfang des Vorsatzes des Beklagten war. Von verkleideten ehrbaren und freien Frauen ist in der Stelle nicht die Rede, die virgines können frei und unfrei, die feminae ehrbar und unehrbar sein. Selbst wenn aber von einer Verkleidung die Rede wäre, so würde die Belästigung einer verkleideten ehrbaren und freien Frau doch immer nur unter der Voraussetzung strafbar sein, dass die Handlung, so wie sie sich in der Seele des Täters spiegelt, also auch als Belästigung einer Sklavin oder Prostituierten strafbar wäre. Es geht angesichts des affectus, der für die Injurien erfordert wird, nicht an, den Täter hier auch für Fahrlässigkeit oder Zufall haften zu lassen.

die wir hier der Kürze halber zunächst als „Beleidigung der Livrée" bezeichnen wollen.

1.) Mit der Verletzung von Gewaltrechten und gewaltähnlichen Befugnissen ist die mittelbare Injurie darum leicht zu verwechseln, weil beide in der Tat oft in einer und derselben Handlung gegeben sein können. Wenn jemand die Sklavin, die Ehefrau oder die Braut eines Anderen zur Unzucht zu verführen sucht, so liegt darin sowohl ein direkter Angriff auf das Recht des Herren, Vaters, Ehemannes, auch eine unmittelbare Verletzung des (rechtlichen oder bei der Sklavin sozialen) eigenen Anspruches des Weibes auf freie geschlechtliche Selbstbestimmung und eine aus ihr folgende mittelbare Verletzung des Vaters, Ehemanns oder Bräutigams. Aber dem unmittelbaren Angriff auf das Gewaltrecht oder die gewaltähnliche Befugnis ist eine direkte Verletzung der dem Rechte unterworfenen Personen nicht wesentlich, bei der mittelbaren Injurie dagegen ist sie unumgänglich. Wird die Sklavin weder vergewaltigt noch verführt, sondern bietet sie sich etwa selbst zur Unzucht an, so ist sie selbst überhaupt nicht, auch nicht mit ihrer Einwilligung, verletzt, wohl aber verstösst das stuprum auch gegen des Hausherrn Recht auf Erhaltung der Zucht im Hause. Dasselbe gilt von der Braut oder Ehefrau die als impudica den ersten Anlass zum Bruch der ehelichen oder bräutlichen Treue gibt. Darum habe ich diese Handlungen unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Gewalt- und Familienrechte besonders hervorgehoben. Im Falle der Verführung zum Kneipenleben und zum Spiel scheint für den ganzen Umfang des Vergehens sowohl der Gesichtspunkt der Antastung der häuslichen Zucht als auch derjenige der unmittelbaren moralischen Beschädigung des Unterworfenen selbst, die mittelbar in die Rechtssphäre des Vaters reflektiert, zuzutreffen. Ich glaube aber, dass in l. 26 D. h. t. der Gesichtspunkt der Verletzung der hausherrlichen Rechte überwiegt. Dafür spricht einmal, dass die Verführung zu liederlichem Leben überhaupt im Gegensatz zur Verführung zur Unzucht sonst nirgends als besondere Injurie erwähnt wird, so dass ihre Qualität als unmittelbare Injurie des Unterworfenen, welche die Voraussetzung der Annahme der mittelbaren Injurie des Gewalthabers bilden würde, nicht zweifellos ist. Vor allem aber findet diese Auf-

eines Dritten, sondern des Herrn selbst ist. Die Quellen sprechen sich jedoch darüber nicht aus und es scheint, dass in diesem Fall die Sanktion der wichtigeren unmittelbaren Injurie diejenige der mittelbaren konsumierte[2]).

Aus dieser negativen Abgrenzung gegen ähnliche Tatbestände ergibt sich, dass zur mittelbaren Injurie das Bestehen eines noch nicht näher bestimmten Abhängigkeitsverhältnisses und die unmittelbare Verletzung der abhängigen Person stets erforderlich, aber auch genügend war. Die Aufweisung der positiven Tatbestandsmerkmale erfolgt am besten für jedes der in Betracht kommenden Nahverhältnisse getrennt. Es gibt aber drei Arten solcher Beziehungen, auf Grund deren die mittelbare Injurie erwächst: die hausherrliche Gewalt über die Kinder, die Gewalt des

---

[2]) Der Meister der dargelegten Distinktion ist Ulpian. Gaius III. 222 = Inst. h. t. § 3 erwähnt nur die mittelbare Injurie. Das erklärt sich durch die bei einer Einleitung in das Privatrecht gebotene Beschränkung des Stoffes. Sieht man freilich in dem

„quod aperte in contumeliam domini fieri videtur"

das Erfordernis einer direkten Beziehung auf den Herrn selber, so würde Gaius ein ganz anderes Recht der mittelbaren Injurie vortragen als Ulpian. Denn, während bei diesem zur mittelbaren Injurie die schwere Verletzung des Sklaven auch dann genügt, wenn sie nicht geschah, ut domino (iniuriam) faceret oder ad suggillationem domini l. 15 § 35 D. h. t., würde nach Gaius gerade diese direkte Beziehung auf den Herrn jederzeit als zweites Tatbestandsmoment hinzukommen müssen. Zu einer solchen Auslegung des Gaius kann man aber nur gelangen, wenn man die Worte aperte in contumeliam domini aus ihrem Zusammenhange herausreisst. Im Zusammenhang betrachtet stehen sie bezüglich der mittelbaren Injurie selbst nicht im Widerspruch zu Ulpians Theorie. Denn als Beispiel der in contumeliam domini facta wird dann das verberare erwähnt und als Beispiel für den umgekehrten Fall das Schimpfwort und der leichte Schlag. Das in contumeliam fieri ist also abhängig von der Schwere der Verletzung. Es bringt lediglich zum Ausdruck, dass nicht jede, sondern nur die schwere Antastung des Sklaven in der Person des Herrn rechtserheblich wird und entbehrt jeder Beziehung auf die oben behandelte besondere Begehungsart der unmittelbaren Injurie. Dieselbe Methode, die mittelbare Injurie einfach durch den Hinweis auf die Schwere der Handlungen zu charakterisieren, welche auch ohne direkte Beziehung der Handlung selbst auf den Herrn die Ahndung schon um des Sklaven willen rechtfertigt, finden wir auch in l. 43 § 5 D. 21. 1 von Paulus. Bei Redhibition des Sklaven ist die Klage wegen der mittelbaren (schweren) Verletzung gleichfalls zu redhibieren, die Klage wegen der unmittelbaren Verletzung des redhibitionspflichtigen Käufers, deren Ausdruckshandlung den Sklaven in irgend einer leichteren Verletzung betraf, bleibt beim Käufer.

Herrn über den Sklaven und als dritte Art die Verhältnisse zwischen Ehemann und Frau, Bräutigam und Braut, Mutter und Kindern.

Hausvater und Hauskind.

Ueber die Entstehungszeit der entsprechenden Klage ist nichts bekannt, jedoch spricht eine später zu begründende Vermutung dafür, dass es sich hier um altes Gewohnheitsrecht handelt, das uns in besonders sorgfältiger Behandlung durch die klassischen Juristen überliefert ist.

Als unmittelbare Verletzung des Hauskindes ist überall eine ihrem objektiven Tatbestande nach dem Injurienkreise angehörige Tat vorausgesetzt. Zu den uns schon bekannten Injurienfällen tritt hier ein neuer Tatbestand hinzu. Als iniuria, quae fit liberis nostris, wird der Verkauf eines freien Kindes mit dessen Einwilligung erwähnt l. 1 § 5 D. h. t. Da der Freie seinen Geburtsstand durch Vertrag nicht rechtswirksam aufgeben kann, so muss es sich hier um die Begründung eines tatsächlichen, der Sklaverei ähnlichen Dienstverhältnisses handeln, aus welchem sich der Verkaufte wider den Willen seines Herrn vielleicht nur durch einen Prozess befreien konnte[3]). Die objektive Schädigung bestand also in der Schmälerung des tatsächlichen Genusses der Freiheit und in ihrer prozessualen Gefährdung. Die materielle Verwandtschaft dieses Tatbestandes mit den uns bereits bekannten Injurienfällen ist ohne weiteres klar. Wir dürfen daher annehmen, das nur solche unmittelbare Verletzungen als Grundlage einer mittelbaren in Betracht kommen, welche materiell dem Injurienkreise angehören.

Diese tatsächliche Verletzung berührt nun unmittelbar die Sphäre des Hauskindes, mittelbar diejenige des Gewalthabers. Sie kann in beiden Sphären Rechtswirkungen hervorrufen, welche sich als ein Produkt darstellen der tatsächlichen Verletzung selber

---

[3]) Vgl. Pernice, S. 86. Das Motiv zum Selbstverkaufe mag am häufigsten eine drückende Vermögenslage gewesen sein. Der Schuldner verkaufte sich einem Dritten, um den Gläubiger mit dem Kaufpreis zu bezahlen, oder auch er ergab sich dem Gläubiger selbst als Knecht, um seine Schuld abzuarbeiten. „Die Römer sind solchen Dispositionen über das eigene Selbst wohl tunlichst entgegengetreten, wenigstens in der Theorie. In der Praxis des Rechtslebens war allerdings vieles anders als wir es im Corpus Juris finden und die Erforschung dieses Unterschiedes ist eine wichtige noch ungelöste Aufgabe der Kultur und Rechtsgeschichte“. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Seite 53 und 10.

und der Bedingungen, welche sie in den beiden Sphären vorfindet. Da aber diese Bedingungen differieren können, so kann trotz der Gemeinsamkeit der Wurzel die Einwirkung der Verletzung auf beide Rechtssphären eine durchaus verschiedene sein. Die Rechtswirkungen für das Hauskind und den Hausvater sind nach Existenz und Umfang, Fortdauer und Aufhören von einander bis zu einem gewissen Grade unabhängig. Normaler Weise erwirbt sowohl der Haussohn als auch der Vater eine Klage. Besondere Umstände, welche die Rechtswidrigkeit der Verletzung für die eine Person ausschliessen, hindern das Entstehen der Klage für die andere nicht. Willigt das Hauskind in die Verletzung ein, so erleidet es keine Injurie im Rechtssinne (l. 1 § 5 D. h. t. am Ende), die Einwilligung aber hat für die Rechtssphäre des Vaters keine Bedeutung. Aber nicht nur im Entstehen, sondern auch nach Umfang und Fortdauer sind beide Klagen von einander unabhängig. Des Sohnes pactum de non petendo berührt die Klage des Vaters nicht, l. 30 pr. D. 2. 14 und auch die Höhe der Busse kann verschieden sein, wenn die sie bedingende soziale Stellung des Vaters und des Sohnes nicht gleich ist, l. 30 § 1, l. 31 D. h. t.

Die Zurechnung der mittelbaren Verletzung setzt voraus, dass der Täter zum mindesten die Existenz eines Gewaltverhältnisses überhaupt kannte, wogegen die Kenntnis der Person des Gewalthabers nach individuellen Eigenschaften oder Merkmalen nicht erfordert wird. Die eigene Klage des Gewaltuntergebenen aber ist nicht davon abhängig, dass der Täter das Gewaltverhältnis kannte l. 1 § 8, l. 18 § 5 D. h. t.[4])

Mann und Frau, Braut und Bräutigam, Mutter und Kinder.

In der Manusehe gilt die Frau als Hauskind[5]), ihre Verletzung daher als mittelbare Injurie des Mannes oder seines Gewalthabers. Dass auch in der freien Ehe der Mann durch die der Frau zugefügte Injurie mittelbar verletzt wird, kann für das justinianeische Recht keinem Zweifel unterliegen (Inst. h. t. § 2, l. 1 § 3 D. h. t.) und erscheint auch für das klassische Recht durch Gai. III. 221

---

[4]) Die Stellen enthalten keinen Widerspruch, wenn man in l. 1 § 8 D. h. t. den Ton auf meum und meam legt, wie es die Wiederholung fordert.

[5]) Walter, Geschichte des römischen Rechts, 3. Aufl., 1861, II., § 503. Seite 102.

beglaubigt. Befindet sich der Mann in väterlicher Gewalt, so fällt die Klage dem Gewalthaber an (Inst. h. t. § 2 am Ende)[6]). Ist aber die in freier Ehe verheiratete Frau in der Gewalt ihres Vaters geblieben, so gesellt sich der Klage des Mannes und der dem Vater anfallenden eigenen Klage der Frau noch die eigene Klage des Letzteren aus seiner mittelbaren Verletzung bei. (Inst. h. t. § 2 Mitte, Gai III. 221, l. 1 § 9 D. h. t.). Da in subjektiver Beziehung zur Begründung der mittelbaren Klage des Ehemannes nur die Kenntnis des Bestehens der Ehe seitens des Täters verlangt wird, da ferner auch hier die Busse für die einzelnen Klagen verschieden berechnet werden kann l. 18 § 2 D. h. t., im übrigen aber keine Abweichungen von der mittelbaren Beleidigung des Gewalthabers statuiert werden, so wird es erlaubt sein, eine volle Analogie in der sonstigen Behandlung der beiden Fälle anzunehmen.

Dasselbe dürfte von der mittelbaren Verletzung des Bräutigams durch Injuriierung der Braut gelten, die bezeichnender Weise gerade beim Edikt über die pudicitia, wenn auch in ganz allgemeiner Fassung, erwähnt wird l. 15 § 24 D. h. t.

Es scheint endlich auch, was, soweit ich sehe, bisher überhaupt nicht beachtet worden ist, eine mittelbare Beleidigung der Mutter durch ihre Kinder gegeben zu haben. L. 1 § 3. D. h. t. erwähnt neben dem paterfamilias auch die materfamilias ohne eine Beschränkung auf die selbständige Frau als Gewalthaberin ihrer Sklaven auszusprechen. Dieser Fall ist in den Digesten sonst nirgends, in den anderen Rechtsbüchern überhaupt nicht erwähnt.

Herr und Sklave.

Die älteste Bestimmung über die Verletzung des Sklaven und die daraus offenbar dem Herrn entspringende Klage war die lex der XII Tafeln, wonach der Bruch eines Knochens beim Sklaven mit der halben Busse desselben Vergehens gegen den Freien vergolten werden sollte. Wir haben schon oben gesehen, dass der Streit, ob die ossis fractio als Verletzung der Person oder als Sachbeschädigung aufgefasst wurde, gegenstandslos ist, da dieser Begriffsunterschied damals noch nicht zur Entwickelung gekom-

[6]) Das nuruive l. 1 § 3 D. h. t. wird nur mit der aus § 2. Inst. h. t. zu entnehmenden Einschränkung zu verstehen sein, dass der Mann der nurus in väterlicher Gewalt steht.

men war. Dagegen wird die folgende Darstellung ergeben, dass für das spätere Recht die mittelbare Verletzung des Herrn durch den Sklaven durchaus nicht als Beschädigung einer Sache gedacht wird, womit dieser Auffassung für die Zeit der XII Tafeln jedenfalls das Argument aus der geschichtlichen Kontinuität abgeschnitten ist.

Die Ahndung der Beleidigung des Sklaven basiert auf einem besonderen Edikte des Praetors[7]). Es lautet in der Ueberlieferung der l. 15 § 34 D. h. t.

> praetor ait: „Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo."

Als schwerster objektiver Tatbestand kommt die Tötung des Sklaven in Betracht l. 7 § 1 D. h. t.[8]). Im praetorischen Edikte ist sie ausdrücklich nicht erwähnt. Man kann auch nicht glauben, dass der Praetor sie im Gegensatze zur Auspeitschung und Folterung in das Dunkel des „quid aliud" habe verschwinden lassen. Man muss also annehmen, dass die Ahndung der Tötung des

---

[7]) Voigt, XII Tafeln, § 129. Not. 18 glaubt, dass das Edikt die Klage erst eingeführt habe. Dagegen spricht unsere Auffassung vom Wesen der mittelbaren Injurie, die auf ein hohes Alter derselben zurückweist.

[8]) Zu l. 7 § 1 D. h. t. ist noch zu bemerken: a) homo ist hier nicht wie anscheinend Landsberg, Seite 41 und Kohler, G. A. 47. 1900, Seite 9 Not. 11 wollen, von jedem oder auch von jedem gewaltunterworfenen Menschen zu verstehen, sondern nur, wie oft, vom Sklaven allein. Das war ein befestigter Sprachgebrauch, Wallon II. 189 Not. 3, Jhering, Geist II, 1 Seite 168, § 32 Not. 230 b; die Gegenüberstellung mit dem dominus in der Mitte der Stelle spricht gerade hier für diese Bedeutung. b) Man wäre geneigt die Tötung des Sklaven als eine direkte Injurie gegen den Herrn durch Zerstörung des Objektes seiner Gewalt aufzufassen. Das geht jedoch nicht an, da das Wesen des Deliktes in der Tötung selbst (ipsa caedes vel venenum) gesehen wird, also in der unmittelbaren Verletzung des Sklaven. c) Es widerspricht uns überhaupt die Tötung als Injurie gegen den Getöteten aufzufassen, da die Zerstörung des Substrates der Achtungsansprüche (beim Sklaven nur sozialer Natur) der Verletzung des einzelnen Anspruches auf Achtung der Ehre, Freiheit etc. gegenüber nicht als ein plus, sondern als ein aliud erscheint. Die Bedenken dürften sich jedoch durch die nachfolgende Darlegung des Wesens der mittelbaren Injurie zerstreuen. Den Sklaven überlebt der Herr als rechtlich allein in Betracht kommender Inhaber der Achtungsansprüche der persönlichen Gütersphäre des Sklaven. Von einer Vererbung des Anspruches ist nicht die Rede.

Sklaven und vielleicht auch anderer schwererer Verletzungen desselben z. B. der Kastration l. 27 § 28 D. 9. 2 der Zeit, in welcher das Edikt entstand, so selbstverständlich erschien, dass sie ausdrücklicher Festlegung nicht bedurfte. Der Zweck des Ediktes war vielleicht nur eine Erweiterung des mittelbaren Sklavenschutzes, jedenfalls aber eine ausdrückliche, wenn auch inhaltlich nicht neue Grenzregulierung zwischen dem, was dem Sklaven gegenüber unbedingt (Auspeitschung und Tortur) oder bedingt verboten und erlaubt war. Die Bestrafung der Tötung des Sklaven nach der lex Cornelia de sicariis erklärt das Schweigen des Ediktes nicht, da das Edikt jedenfalls älter als diese lex war, ihre Erstreckung auf den Sklaven aber ferner gar nicht von vornherein gegeben, sondern erst später eingetreten zu sein scheint. Im übrigen halten sich auch hier die in Betracht kommenden unmittelbaren Verletzungen ihrem objektiven Tatbestand nach durchaus innerhalb des uns bekannten Injurienkreises.

Die Verletzung berührt auch hier zwei Sphären, die des Sklaven als natürlicher Person und die Rechtssphäre des Herrn.

Der Sklave besitzt keine Rechtssphäre. Nichtsdestoweniger erscheint er dem Injurienrechte in l. 15 §§ 34 f. D. h. t. als Inhaber gewisser rein tatsächlicher sozialer Achtungsansprüche. Es wird hervorgehoben, dass auch er als natürliche Person schwerere Verletzungen empfindet l. 15 § 35 D. h. t., die unmittelbare Verletzung wird als iniuria (ipsi) servo facta bezeichnet l. 15 § 35, l. 1 §§ 6. 7 D. h. t.[9]) Die erste Bedingung der Er-

---

[9]) Huschke, Gaius Seite 153—155 möchte diese Stellen in Gegensatz bringen zu Gaius III § 222, wo gesagt ist, der Sklave könne keine Injurie erleiden sondern nur der Herr. Er sieht hierin zwei verschiedene Auffassungen der mittelbaren Injurie bei den römischen Juristen. Der scheinbare Widerspruch erklärt sich jedoch durch den verschiedenen Gebrauch des Wortes iniuria. Versteht man das Wort streng juristisch als Delikt mit Rechtsfolge, so ist nur der Herr betroffen, da er allein eine Rechtssphäre besitzt. Versteht man aber unter iniuria die einzelne tatsächliche Körperverletzung, Einsperrung, Folterung, ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualifikation, so kann man auch vom Sklaven sagen, dass er eine Injurie erlitten haben. Ich erinnere an l 14 D. 15. 1, wo von Forderungen und Schulden eines Sklaven gesagt wird: sed cum eo verbo abutimur factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem. Das servi nomine l. 15 §§ 44. 48 und l. 29 D. h. t. aber muss nicht bedeuten, dass der Herr eine Klage hat, die eigentlich dem Sklaven gehört, sondern bezeichnet

heblichkeit dieser Injurie ist eine Verletzung der Achtung. die auch dem Sklaven gebührt. Das Mass dieser Achtung ist ganz allgemein geringer wie beim Freien. Auspeitschung und Tortur sind unbedingt verboten, im übrigen soll auf die Schwere der Verletzung selbst und die soziale Stellung des Sklaven gesehen werden. Ueber leichtere Züchtigung und Schimpfworte darf er sich niemals beklagen, symbolische oder schriftliche Infamation dagegen wiegen auch ihm gegenüber schwerer. Für die Person des Sklaven wiederum kommen sittliche Qualifikationen und die Stellung in der Hierarchie der familia in Betracht. Der anständige und sparsame Mann (bonae frugi), der durch das Vertrauen des Herrn und den regelmässigen Besitz eines peculium ausgezeichnete Aufseher (ordinarius), der Intendant der grossen Haushaltung (dispensator) braucht sich nicht alles gefallen zu lassen, was dem gewöhnlichen Sklaven (vulgaris), dem für unbestimmte körperliche Arbeiten in Feld, Garten und Haus verwendeten mediastinus oder irgend einem beliebigen Hergelaufenen (qualisqualis) gegenüber erlaubt erschien. Noch weniger Rücksicht und Schonung hatte der gefesselte Arbeiter (compeditus) auf der Domäne oder der sittlich verkommene Lump (male notus. notae extremae) zu beanspruchen[10]). Verstiess die Handlung gegen das, was dem Sklaven gebührte, nicht, so blieb sie ohne jede Folge auch für den Herrn. Verletzte sie den Achtungsanspruch des Sklaven, so blieb sie wegen der rein tatsächlichen Natur desselben für den Sklaven selbst ohne jede Rechtsfolge. Er erwirbt eine Klage nicht einmal für den Fall seiner späteren Freilassung l. 29 D. h. t., l. 56 D. 44. 7. Rechtswirkungen erzeugte die Verletzung erst in der Sphäre des Herrn. Seine soziale Stellung bestimmt neben der Schwere der Verletzung selbst den Umfang der Busse. Dies auch, wenn der Sklave mehreren Herren gehört. Nur erhält in diesem Falle jeder Herr von der für jeden gesondert nach seinem Stande auszuwerfenden Busse bloss die seinem Miteigentumsanteil entsprechende Quote, § 4. Inst. h. t.,

---

nur die eigene Klage wegen des Sklaven, aus seiner Veranlassung. Ueber diese Bedeutung des nomine vergleiche Heumann, Handlexikon s. v. nomen sub. 1. d.

[10]) Ueber die Hierarchie der Sklaven vgl. Marquardt. Privatleben der Römer I, 2. Aufl. S. 137 f. Wallon 2, 231 übersetzt qualis-qualis mit tel-quel, also etwa jeder Hergelaufene.

l. 15 § 49, l. 16. D. h. t.[11]). Die mittelbare Klage bleibt dem Herrn auch, wenn er den Sklaven freilässt oder veräussert, l. 29 D. h. t., l. 56 D. 44. 7. l. 43 § 5 D. 21. l.

Die Zurechnung der mittelbaren Verletzung setzt voraus, dass der Täter die Existenz des Gewaltverhältnisses kennt. Darum erwirbt der Herr die Klage nicht, wenn der Injuriant durch das Betragen des Sklaven in den irrigen Glauben versetzt war, dass er es mit einem Freien zu tun habe, l. 15 § 45 D. h. t.[12]). Diese Kenntnis ist aber zur Begründung der Klage nicht nur erforderlich, sondern auch genügend. Ein Irrtum über die Person des Herrn ist ganz wie bei der mittelbaren Injuriierung durch das Hauskind in allen Fällen unerheblich, wo die Kenntnis der Wahrheit den Täter von seiner Handlung nicht zurückgehalten hätte, l, 15 §§ 45. 46. D. h. t.[13]).

Die Natur der mittelbaren Beziehung ergibt sich uns aus dieser Fesstellung ihres Tatbestandes noch nicht, wohl aber können wir schon jetzt schliessen, dass der Sklave hier nicht als Sache, sondern als natürliche Person in Betracht kommt[14]). Dafür spricht einmal die Anerkennung sozialer Achtungsansprüche des Sklaven, die nach persönlichen Eigenschaften desselben abgestuft werden. Sodann ist wichtig, dass der Sklave in l. 1 § 3

---

[11]) So dürfte sich der von Huschke, Seite 154, angenommene Widerspruch der Institutionen und der Digesten in diesem Punkte lösen, den Huschke auf die angebliche Kontroverse der römischen Juristen über das Wesen der Sklaveninjurie zurückführt.

[12]) Huschke, Not. 109 will l. 15 § 45 D. h. t. von der unmittelbaren Verletzung des Herrn unter Vornahme einer Ausdruckshandlung am Sklaven verstehen. Das redundare der Stelle jedoch wie das spectare, respicere l. 1 § 3 D. h. t. Inst. h. t. § 3 scheint besser für die Bezeichnung des der mittelbaren Injurie eigentümlichen Hineinragens in die Rechtssphäre des Herrn zu passen, als für die direkte Verletzung, für welche die Ausdrücke ad suggillationem, ut mihi faciat, in meam contumeliam l. 15 §§ 35. 48 D. h. t. gebraucht werden.

[13]) Es besteht kein Widerspruch zwischen l. 15 § 45 und l. 18 §§ 3—5 D. h. t. Die Unerheblichkeit des Irrtums ist in der letzteren Stelle mit der in der Begründung liegenden Beschränkung zu verstehen, dass die Kenntnis von dem wahren Sachverhalte den Täter nicht zurückgehalten hätte: cuicunque patri etc. vult facere iniuriam. Der Tatbestand der l. 15 § 45 D. h. t. ist dadurch determiniert, dass ich bei Kenntnis der Sachlage die Handlung unterlassen hätte.

[14]) Den Unterschied zwischen dem Sklaven als Vermögensobjekt und als gewaltunterworfener Person, setze ich voraus unter Berufung auf Savigny I. 357. f, Jhering, Geist II, 1. Seite 168.

D. h. t. bei Aufzählung der Arten der mittelbaren Injurie auf auf einer Stufe mit den gewaltunterworfenen Hauskindern genannt wird. Ein deutlicher Beweis liegt endlich vor in der Regelung der Aktiv- und Passivlegitimation zur mittelbaren Klage. Die a° legis Aquiliae, die a° de servo corrupto und die a^ones utiles oder in factum nach Analogie dieser Klagen, welche der Reparation des am Sklaven als Vermögensobjekt angerichteten Schadens dienen, stehen einerseits jedem zu, dessen Vermögensinteresse durch das Delikt verletzt ist, dem Eigentümer sowohl als auch dem gutgläubigen Besitzer und dem Niessbraucher, andererseits werden sie auch gegen den Eigentümer als Täter und den Miteigentümern untereinander gegeben (l. 11 § 10, l. 12. 17. 19. 20 D. 9. 2, l. 9 pr. § 1 D. 11. 3). Im Gegensatz dazu war zur mittelbaren Injurienklage unter ausdrücklicher Ausschliessung des Niessbrauchers und des gutgläubigen Besitzers nur der dominus aktiv legitimiert, l. 15 § 47 D. h. t., Inst. h. t. § 5. Dagegen war die Verantwortlichkeit des dominus wegen Injuriierung des Sklaven sowohl den Miteigentümern als auch anderen am Sklaven Berechtigten gegenüber ausdrücklich ausgeschlossen, l. 15 §§ 36. 37 D. h. t. Es liegt nahe, den den Grund dieser Verschiedenheit in dem besonderem sozialen und rechtlichen Verhältnisse des dominus zum Sklaven als natürlicher Person zu suchen, welches auch den Anlass zur Annahme einer neben dem Privateigentum am Sklaven als Sache einhergehenden potestatas über denselben als Person gegeben hat[15]).

[15]) a) Huschke, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Neue Folge 2 Giessen 1845, Seite 195 weist zuerst richtig darauf hin, dass die Injurie sich gegen die Person des Sklaven richtet, erklärt aber dann auf Grund einer Verwechselung der natürlichen und der Rechtspersönlichkeit die persönliche Verletzung des Sklaven für unmöglich. Sie müsse „als eine sachliche gedacht werden, die ein mit unter das die ganze Existenz des Sklaven umfassende Eigentum fallendes Recht verletzt". Ueberhaupt betont er im Sklaventum das sachliche Verhältnis gegenüber dem persönlichen. Huschke, Studien, Seite 198. b) Anderer Ansicht ist auch Buchka G. S. 26. Seite 529. Er sieht die Injurie in der Verletzung des Sklaven als Sache, obwohl Sachverletzung sonst nirgends Injurie ist. c) Landsberg Seite 50. 51. rechnet die Sklaveninjurie zu den Injurien „bei" Vermögensgegenständen. d) Pernice, Seite 35, sieht hier den Tatbestand in der Einwirkung auf eine fremde Sache, verlässt aber diesen Gesichtspunkt schon auf der folgenden Seite 36: „der Sklave selbst als Persönlichkeit wird hier angegriffen".

Ziehen wir das Resultat der bisherigen Darstellung, so ergibt sich uns als Tatbestand der mittelbaren Injurie nach Massgabe der Quellen Folgendes: Es stehen zwei Personen in einem bestimmten Verhältnis der Ueber- oder Unterordnung. Nun liegt eine Handlung vor, welche ihrer Natur nach ein persönliches Rechtsgut der untergeordneten Person angreift, nicht notwendig auch ein eigenes Rechtsgut des Uebergeordneten. Trotzdem wird eine selbständige, zweite, eigene Verletzung der übergeordneten Person angenommen.

Die Erklärung des Problems.

Das Problem der mittelbaren Injurie ist: Wie kommen die Römer dazu, eine eigene persönliche Verletzung der übergeordneten Person anzunehmen, trotzdem sie in einem ihr eigentlich zugehörigen Rechtsgute nicht getroffen ist?

Frühere Erklärungsversuche.

Die ältere Theorie half sich mit der Annahme, dass die Römer die Einheit der Ehre der betreffenden Personen fingiert hätten[16]). Damit war natürlich an die Stelle der unverständlich bleibenden Sache nur ein nicht minder erklärungsbedürftiges Schlagwort getreten und das Problem hatte nur den Namen gewechselt, ohne der Lösung entgegengebracht zu werden. Denn, was unter Einheit der Ehre zu verstehen sei, leuchtet eben so wenig ein wie die Bedeutung einer Einheit der Körperintegrität, Freiheit oder anderer persönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen. Man hat ferner gesagt, die Handlungsfähigkeit des Sohnes zu Gunsten des Vaters repräsentiere einen Teil der Machtfülle des Vaters. Da nun die Injurie jeder Angriff auf die Machtfülle einer Person sei, so müsse auch jeder Angriff auf den Sohn, eine unmittelbare Injurie gegen den Vater enthalten[17]). Aber aus der angenommenen Voraussetzung dürfte sich nur ergeben, dass solche Angriffe, welche die Handlungsfähigkeit des Sohnes antasten, Injurien gegen den Vater sind. Was aber hat eine Ohrfeige oder ein Hausfriedensbruch

---

[16]) Feuerbach-Mittermeier, § 281 Anmerkung. Hälschner, Preussisches Strafrecht III. 245. Köstlin, Abhandlungen, S. 19. „Die Personeneinheit", welche man der Einheit der Ehre zu Grunde legen wollte, wurde widerlegt durch von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte, S. 127 f.

[17]) Buchka G. S. 26, 523 f. besonders 529.

D. h. t. bei Aufzählung der Arten der [illegible] Bernfung auf einer Stufe mit den gewaltunterwor[illegible] nannt wird. Ein deutlicher Beweis lie[illegible] Regelung der Aktiv- und Passivlegiti[illegible] Klage. Die ao legis Aquiliae, die ao d[illegible] aones utiles oder in factum nach Analo[illegible] der Reparation des am Sklaven als V[illegible] teten Schadens dienen, stehen einersei[illegible] mögensinteresse durch das Delikt ve[illegible] sowohl als auch dem gutgläubigen [illegible] braucher, andererseits werden sie a[illegible] als Täter und den Miteigentümern [illegible] § 10. l. 12. 17. 19. 20 D. 9. 2, l. 9 [illegible] satz dazu war zur mittelbaren Injuri[illegible] Ausschliessung des Niessbrauch[illegible] sitzers nur der dominus aktiv le[illegible] Inst. h. t. § 5. Dagegen war die [illegible] wegen Injuriierung des Sklaven [illegible] auch anderen am Sklaven Berech[illegible] ausgeschlossen, l. 15 §§ 36. 37 [illegible] den Grund dieser Verschiedenhe[illegible] und rechtlichen Verhältnisse de[illegible] türlicher Person zu suchen, w[illegible] nahme einer neben dem Priv[illegible] einhergehenden potestatas über [illegible]

[15]) a) Huschke, Zeitschrift [illegible] Giessen 1845, Seite 195 weist zu[illegible] gegen die Person des Sklaven ri[illegible] wechselung der natürlichen und d[illegible] letzung des Sklaven für unmöglich. Si[illegible] die ein mit unter das die ganze [illegible] fallendes Recht verletzt". Ueberh[illegible] Verhältnis gegenüber den [illegible] Ansicht ist auch Buchk[illegible] letzung des Sklaven als [illegible] c) Landsberg Seite 50. 51. [illegible] Vermögensgegenständen. [illegible] der Einwirkung auf ein[illegible] auf der folgenden Seite [illegible] gegriffen".

psychologische Grundlage der Konstruktion
Mitgefühl. Jeder Mensch besitzt in grösserem
rade die Fähigkeit, sich in das Seelenleben der
ühlen. Diese Tätigkeit der Einfühlung besteht
Akte des fremden Seelenlebens, Vorstellungen,
ollungen, oder Zustände desselben, wie Stimmungen,
meines eigenen Seelenlebens nachahme. Das Re-
Mitdenken, Mitfühlen, Mitwollen mit der fremden
it, die Wiederholung des fremden psychischen Lebens
meines eigenen. Wenden wir die Erkenntnis dieser
n Tatsache auf das psychische Verhalten eines Menschen
sönlichen Rechtsgütern der andern an, welche uns hier
interessieren, so ergibt sich die Fähigkeit des Menschen,
ude des Inhabers am Genuss dieser Güter, das Verlangen
rer Erhaltung, den Schmerz über ihre Verletzung mitzu-
Im Sinne dieser Einfühlung verspüre ich die fremde
digung im Genusse des Rechtsgutes als eigene Befriedigung,
fremde Verlangen nach Erhaltung des Gutes, das in dem
en jedermann gerichteten Achtungsanspruch zum Ausdruck
mt, als eigenen Anspruch, die Unlust über die Störung des
igen Genusses als eigene Verletzung (propriam iniuriam patitur).
bewirkt die Einfühlung, dass die Güter jedes Einzelnen in
gewissem Sinne auch jedem Anderen zugehören und dass jeder-
mann in den Gütern aller Anderen verletzt werden kann. Sie
verwischt die Grenzen der individuellen Interessensphären.

In dieser ihrer Funktion liegt die Einfühlung allem altruistischen Denken, Fühlen und Handeln zu Grunde. Fühlte der Mensch die fremde Verletzung nicht wie die eigene, so würde für ihn keine Veranlassung bestehen, sich um fremdes Leid zu kümmern. Die Mitempfindung der Verletzung ist die psychologische Grundlage aller Einrichtungen der Gemeinschaft zum Schutze der Güter des Einzelnen. In den pönalen Formen, welche dieser Schutz annimmt, der öffentlichen und der Privatstrafe aber zeigt sich, dass der Einzelne die mitgefühlte Verletzung des Andern doch nicht in dem Sinne als seine eigene fühlt, wie die ihm unmittelbar zugefügte. Denn das der Ausgleichung der Verletzung dienende Recht auf Strafe wird nicht jedem einzelnen Rechtsgenossen zugeschrieben, sondern entweder der Gemeinschaft oder

mit der Handlungsfähigkeit zu tun? Auch durch die Berufung auf die rechtliche Gewalt des Hausherrn wäre die Erscheinung der mittelbaren Injurie nicht zu begründen. Ihr wäre Rechnung getragen mit einem Verfügungsrechte des Vaters über die aus der Verletzung des Sohnes für diesen entspringende Klage. Sollte aber wirklich durch jeden Angriff auf den Haussohn das Gewaltrecht des Vaters selbst als angegriffen gelten, so wäre nicht einzusehen, warum man nicht ebenso wie bei andern Rechten und Gütern von einer direkten Verletzung gesprochen, sondern die komplizierte Konstruktion der mittelbaren Verletzung gewählt hätte. Zudem würde jede Erklärung aus der rechtlichen Konstruktion des Gewaltverhältnisses bei den gewaltlosen familienrechtlichen Abhängigkeitsbeziehungen versagen. Zuzugeben ist freilich, dass beide Institute, das der mittelbaren Injurie und das der väterlichen Gewalt, ihrem Grundgedanken nach verwandt erscheinen. Und so liegt denn die Vermutung nahe, dass beide Rechtserscheinungen, wenn auch nicht eine von der andern, so doch vielleicht gemeinsam aus einer und derselben Wurzel abgeleitet werden können. Dies dürfte dann die allgemeine sozialpsychologische Struktur der römischen Familie überhaupt sein. Man kann diese Struktur, wenn auch mit wesentlicher Milderung ihrer Härten und Abschwächung ihrer Konsequenzen, dann auch in jenen gewaltlosen, familienrechtlichen Abhängigkeitsbeziehungen (freie Ehe, Brautschaft, Verhältnis der Mutter zu den Kindern) wiederfinden.

Eigene Erklärung.

An einer Stelle gestatten uns die Quellen selbst einen Einblick in den Mechanismus der mittelbaren Verletzung. Dies ist die l. 2 C. h. t., welche in ihrem hier entscheidenden Teile folgendermassen lautet:

> . . . . cum et maritus in uxoris pudore et pater in existimatione filiorum propriam iniuriam pati intelliguntur.

Das Wesen der mittelbaren Injurie ist hier dahin bestimmt, dass der Ehemann oder der Vater in der Person des unmittelbar Betroffenen eine eigene Verletzung erleidet. Welches ist nun, psychologisch betrachtet, der Sinn einer solchen eigenen Verletzung, die der eines Anderen korrespondiert?

Die allgemeine psychologische Grundlage der Konstruktion ist jedenfalls das Mitgefühl. Jeder Mensch besitzt in grösserem oder geringerem Grade die Fähigkeit, sich in das Seelenleben der Anderen einzufühlen. Diese Tätigkeit der Einfühlung besteht darin, dass ich Akte des fremden Seelenlebens, Vorstellungen, Gefühle und Wollungen, oder Zustände desselben, wie Stimmungen, im Bereiche meines eigenen Seelenlebens nachahme. Das Resultat ist das Mitdenken, Mitfühlen, Mitwollen mit der fremden Persönlichkeit, die Wiederholung des fremden psychischen Lebens innerhalb meines eigenen. Wenden wir die Erkenntnis dieser allgemeinen Tatsache auf das psychische Verhalten eines Menschen zu den persönlichen Rechtsgütern der andern an, welche uns hier besonders interessieren, so ergibt sich die Fähigkeit des Menschen, die Freude des Inhabers am Genuss dieser Güter, das Verlangen nach ihrer Erhaltung, den Schmerz über ihre Verletzung mitzufühlen. Im Sinne dieser Einfühlung verspüre ich die fremde Befriedigung im Genusse des Rechtsgutes als eigene Befriedigung, das fremde Verlangen nach Erhaltung des Gutes, das in dem gegen jedermann gerichteten Achtungsanspruch zum Ausdruck kommt, als eigenen Anspruch, die Unlust über die Störung des ruhigen Genusses als eigene Verletzung (propriam iniuriam patitur). So bewirkt die Einfühlung, dass die Güter jedes Einzelnen in gewissem Sinne auch jedem Anderen zugehören und dass jedermann in den Gütern aller Anderen verletzt werden kann. Sie verwischt die Grenzen der individuellen Interessensphären.

In dieser ihrer Funktion liegt die Einfühlung allem altruistischen Denken, Fühlen und Handeln zu Grunde. Fühlte der Mensch die fremde Verletzung nicht wie die eigene, so würde für ihn keine Veranlassung bestehen, sich um fremdes Leid zu kümmern. Die Mitempfindung der Verletzung ist die psychologische Grundlage aller Einrichtungen der Gemeinschaft zum Schutze der Güter des Einzelnen. In den pönalen Formen, welche dieser Schutz annimmt, der öffentlichen und der Privatstrafe aber zeigt sich, dass der Einzelne die mitgefühlte Verletzung des Andern doch nicht in dem Sinne als seine eigene fühlt, wie die ihm unmittelbar zugefügte. Denn das der Ausgleichung der Verletzung dienende Recht auf Strafe wird nicht jedem einzelnen Rechtsgenossen zugeschrieben, sondern entweder der Gemeinschaft oder

dem unmittelbar Verletzten oder beiden zugleich. Nicht anders verhält es sich mit der Genugtuung. Bin ich selbst verletzt, so verlange ich Genugtuung für mich. Ist ein Anderer verletzt, so werde ich wegen des Reflexes, den seine Verletzung in mir gefunden hat, nicht gleichfalls für mich etwas fordern. Denn die Ursache meines mittelbaren Schmerzes liegt in der Verletzung des Dritten. Ist diese durch die ihm geschuldete und geleistete Genugtuung ausgeglichen, so ist auch ihrem Reflex in mir der Boden entzogen. Das auf der allgemeinen Tatsache der Einfühlung beruhende Mitgefühl selbst kann daher konsequent zur Aufstellung eines Genugtuungsanspruches nur für den Verletzten führen, nicht auch für den Dritten, der durch seine Verletzung nur mittelbar betroffen wurde. Da aber das Wesen der mittelbaren Injurie oben in der Anerkennung einer solchen selbständigen Genugtuungsklage des direkt unbeteiligten Dritten besteht, so genügt es zur Erklärung der mittelbaren Injurie nicht, das propriam iniuriam der l. 2 C. h. t. im Sinne des allgemeinen Mitgefühls zu verstehen.

Erzeugt aber regelmässig nur die eigene Verletzung im engeren Sinne eine Genugtuungsklage für den Betroffenen, so weist ihre ausnahmsweise Gewährung für die blos eingefühlte Verletzung deutlich darauf hin, dass dem rechtsschöpfenden Bewusstsein die abgeleitete Verletzung der unmittelbar eigenen in diesen Ausnahmefällen irgendwie angenähert oder ähnlich erschien. Die Frage ist, ob und in welchem Sinne jene Fälle Bedingungen einer solchen Annäherung der blos mitgefühlten Verletzung an die eigene in sich tragen.

In der Tat haben nun die Nahverhältnisse zwischen Personen im Allgemeinen und auch die hier in Betracht kommenden der Haus- und Familiengenossenschaft die Kraft in sich das Mitfühlen mit den Genossen weit über die dem Mitgefühl mit dem Fremden zukommende Intensität hinaus zu steigern und an Lebendigkeit und Deutlichkeit den eigenen Gefühlen im engeren Sinne anzunähern. Wenden wir dies insbesondere auf die Rechtsgüter an, so ergibt sich die Folge, dass die Gesundheit, die Ehre etc. meiner Hausgenossen, eben weil das Gefühl ihres ungestörten Genusses und ihrer Verletzung in mir selbst einen Wiederhall finden kann, der an Stärke und Lebendigkeit dem Gefühle des

Genusses und der Verletzung meiner eigenen Güter sich nähert, mir in einem ganz besonderen Sinne eigen und zugehörig erscheinen. Man kann bildlich von einem Miteigentum aller Hausgenossen au den persönlichen Gütern jedes einzelnen sprechen und es liegt jedenfalls ein diesem Bilde entsprechendes Gefühl zu Grunde, wenn einem Familiengliede wegen Verletzung eines andern eine Genugtuungsklage wie wegen der eigenen Verletzung gegeben wird. Aber auch diese psychologische Konstruktion vermag das Phänomen der mittelbaren Injurie nicht zu erklären. Sie würde ihren rechtlichen Ausdruck darin finden müssen, dass jede im Nahverhältnisse stehende Person durch Verletzung jeder andern eine eigene Injurie erleidet, während bei der mittelbaren Injurie nur die im Nahverhältnis Uebergeordnete in den abhängigen Personen, nicht auch die einzelnen abhängigen Personen in der Uebergeordneten oder untereinander als selbst verletzt gelten[18]).

Es ist also, wenn die mittelbare Injurie als propria des Vaters bezeichnet wird, jedenfalls noch eine dritte Bedeutung des Wortes „eigen“ im Spiele, welche offenbar mit dem Verhältnis einseitiger Ueber- und Unterordnung zusammenhängt. Die pesönlichen Güter jedes einzelnen Hausgenossen sind in gewissem Sinne allen gemeinsam, die Verletzung des Einzelnen auch eine eigene Verletzung jedes Andern, es ist aber ausserdem diese Verletzung „eigene“ Verletzung des Vaters in einem Sinne, welcher für die abhängigen Personen nicht in Betracht kommt. Wenn das Wesen meiner Ueberordnung über eine Person darin besteht, dass ich Macht über sie besitze und ihr gegenüber nicht oder nur in geringem Masse gebunden bin, wenn der Wille des Abhängigen meinem massgebenden Willen stets oder doch in gewissen Beziehungen konform sein muss und umgekehrt mein Wille sich nirgends an einem gegen ihn gerichteten Achtungsanspruche des Anderen stösst, so wird sich in mir das Bewusstsein schwächen, dass ich es mit einer von mir verschiedenen Persönlichkeit zu tun habe. Ich werde geneigt sein, den Anderen, weil mein Wille für ihn bestimmend ist, ähnlich wie

[18]) Damit widerlegt sich auch Landsbergs Erklärung der mittelbaren Verletzungen der Familienangehörigen als direkter Verletzungen im Familiengefühl. S. 49 und 58.

sonst für mein eigenes Tun, mit mir selbst gleichsusetzen, ihn nur als einen Ausschnitt meiner eigenen Persönlichkeit zu betrachten. Die Güter des Anderen werden mir, soweit ich bei ihrem Genuss und der Verfügung über sie etwas mitzureden habe, als eigene Güter erscheinen. Die Verletzung der unterworfenen Person ist mir dann nicht nur in dem Sinne eigen, dass ich an ihr dasselbe oder annähernd dasselbe Interesse nehme wie an einer eigenen, ein Interesse welches auch ihn seinerseits berechtigen würde in meiner Verletzung seine eigene zu sehen. Sondern sie ist mir „eigen“ in dem Sinne, dass sie die mit der fremden Persönlichkeit mir zugleich unterworfene Gütersphäre derselben verletzt. So kann die übergeordnete Person in den Gütern der abhängigen eine „eigene“ Verletzung in einem ganz besonderen Sinne erleiden. Die „eigene“ Verletzung wird für den Uebergeordneten eine unmittelbare sein, wenn sie die Gesundheit Ehre etc. selbst trifft, eine mittelbare, wenn sie die kraft der Unterwerfung der fremden Person von seinem Willen beherrschte Sphäre des Andern antastet.

Aufgabe des Folgenden nun ist darzulegen, dass dieses Moment der Ueberordnung in allen Nahverhältnissen, in denen eine mittelbare Injuriierung anerkannt wird, eine Rolle spielt und gerade von den Römern besonders stark betont wurde.

Die römischen Juristen leiten die Gewalt über den filius familias, die Frau in manu, den Sklaven nicht aus einer Quelle ab[19]). Sie lassen das Recht über den Sklaven aus dem Eigentum hervorgehen und sehen die manus als eine Analogie der väterlichen Gewalt an. Aber die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts hat die ursprüngliche Einheit aller hausherrlichen Gewalt zum mindesten wahrscheinlich gemacht[20]). Es scheint danach, dass wir an den Anfang der römischen Rechtsentwicklung die Einheit nicht nur der Gewalten über die Personen, sondern auch dieser mit den Gewalten über die Sachen setzen müssen[21]). Man stützt diese Vermutung auf das Wort familia, welches noch in späterer Zeit das gesamte Herrschaftsgebiet des Hausherrn persönlicher und sachlicher Natur unterschiedslos umfasste. Auch

[19]) Rossbach, S. 29. Not. 100. Mandry I. 31.
[20]) Mandry I. 31.
[21]) Brinz, IV. S. 592. § 456, S. 594 § 457.

die Tatsache, dass für die Disposition über freie und unfreie Personen auch später noch dieselben Formen galten, wie für die Verfügung über Sachen (mancipatio), ist nur durch eine ursprüngliche Einheit der Gewalten erklärbar. Uns interessiert hier besonders die Bedeutung jener Gleichstellung für die persönlichen Bestandteile, fast hätte ich gesagt, Glieder der Familie, obgleich von einer Gliedschaft, die eine gewisse Selbständigkeit dem Ganzen gegenüber voraussetzt, nicht die Rede sein kann. Die äussere Gleichstellung mit den Sachen ist ein Symptom der völligen Negierung der Persönlichkeit des Unterworfenen. Diese ist schlechtweg nur Objekt der Herrschaft, nur Mittel für die Zwecke des Herrn, der alles, selbst ihr Leben in seiner Hand hat (ius vitae ac necis). Der Hausherr hat nur Rechte, die Unterworfenen nur Pflichten, seine Macht findet keine Grenze an irgend welchem gegen ihn gerichteten Achtungsanspruche seiner Untergebenen. Sie gehen als Organe seiner Betätigung in ihm auf und treten ihm nicht zugleich als selbständige, Anerkennung fordernde Wesen gegenüber[22]). Es wäre verwunderlich, wenn die absolut bedeutungslose Persönlichkeit des Unterworfenen nun plötzlich im Augenblicke ihrer Verletzung als eine von dem Herrn verschiedene und selbständige in Betracht kommen sollte und es ist nur die Kehrseite der Absorption der gesamten aktiven Sphäre des Untergebenen, die Uebertragung dieses Verhältnisses vom Tun auf das Leiden, wenn auch in der Verletzung des Unterworfenen, in seiner Passivität, der Herr sich mit ihm völlig in eins setzt. Die natürliche Person des Unterworfenen macht sich darin geltend, dass sie dieselben Bedürfnisse hat wie der Herr und der Verletzung somit dieselben Seiten darbietet, die Ehre, die Freiheit, den Hausfrieden etc. Aber der Herr fühlt alle diese Güter, weil eben die fremde Persönlichkeit in ihm aufgeht und ihm nicht als eine selbständige gegenüber steht, weil sie nur durch ihn auf Achtung Anspruch hat, als eigene Güter, ihre Verletzung als Verletzung seiner selbst, die folgeweise auch nur ihm selbst gebüsst werden kann. Er ist verletzt in seinem Organ, das ihm auf Grund der sozialpsychologischen Struktur der Familie nicht minder unterworfen ist wie seine Hand auf Grund der

---

22) Rossbach, S. 21 sub. 4. Jede Klage der Unterworfenen gegen den Hausherrn ist ausgeschlossen.

physiologischen Organisation seines Körpers. Und so wenig er sich in seiner Hand als in einem fremden Wesen betroffen glauben würde, so wenig wird er anerkennen, dass mit der Verletzung seines Gewaltunterworfenen die Verletzung eines ihm Fremden, nicht seiner selbst, gegeben, dass hier ein Eintreten für den Anderen seine Pflicht und nicht vielmehr die Ahndung der eigenen Verletzung sein Recht sei.

Während aber das Verhältnis des Herrn zum Sklaven die eben dargelegte Struktur immer behielt[23], änderte sich dasjenige des Vaters zum Hauskinde zu Gunsten des letzteren. Die Persönlichkeit des Hauskindes kam im Laufe der Entwickelung zu grösserer Geltung. Die ursprünglich absolute Rechtsunfähigkeit desselben auf dem Gebiete des Vermögensrechtes ward von Ausnahmen durchbrochen. Zudem knüpfte der Staat über den Kopf des Familienvaters hinweg Beziehungen mit den Gewaltunterworfenen an. Es entspricht dieser Entwicklung, wenn nunmehr auch der Sohn als Inhaber eines eigenen Achtungsanspruches für die durch die Injurie verletzbaren Güter anerkannt wurde, seine Verletzung als eigene Verletzung in Betracht kam und dementsprechend eine besondere Klage erzeugte[24]. Wenn aber trotz der Anerkennung einer eigenen Verletzung des Sohnes die alte Klage des Vaters unversehrt bestehen blieb, so lag dies daran, dass das Verhältnis des Hausvaters zu den Gewaltuntergebenen trotz praktischer Milderung im Prinzip dasselbe blieb[25]. Wohl mochte die Sitte fortgeschrittener Zeit ihren Einfluss geltend machen. Die Persönlichkeit der Untergebenen aber war dem Gewalthaber gegenüber von geringer Bedeutung. Es ist sicher,

---

[23]) Wallon III. S. 60, scheint in l. 1 C. h. t. (a. 222) ein spätes Verbot der Sklaveninjurie als solcher ohne Rücksicht auf den Herrn zu sehen und stellt dieses Verbot auf eine Stufe mit dem der Tötung des Sklaven. Jedoch die Tötung war ein öffentliches Verbrechen, bei welchem die Anklage Jedermann zustand, die Injurie dagegen blieb immer l. 7 C. h. t. (a. 293) ein Privatverbrechen, dem es, wenn es direkt gegen den Sklaven gerichtet sein sollte, bei der Rechtsunfähigkeit desselben am Kläger gefehlt hätte.

[24]) l. 18 §§ 10—22 D. h. t., l. 1 §§ 5. 8, l. 41 D. h. t., l. 22 §§ 9. 10 D. 46. 8. Nur soweit das Verfahren der lex Cornelia zulässig ist, kann der Sohn ohne Beschränkung seine Klage selbst geltend machen, l. 5 § 7 D. h. t.

[25]) Rossbach, S. 12, S. 31. Not. 102 a, l. 7 § 3 D. h. t. Das väterliche Zuchtrecht und die langsame Beschränkung des ius vitae ac necis.

dass auch die spätere römische Hausgemeinschaft an Strenge und Geschlossenheit die der anderen indo-germanischen Völker bei weitem übertraf. Die im Prinzip dem Vater gegenüber bis zuletzt festgehaltene Vermögensunfähigkeit, die lange Dauer des Verhältnisses, dessen natürliche Beendigung nicht die Erreichung eines bestimmten Lebensalters bildete, sondern nur der Tod, das sind ausschliesslich römische, anderen Völkern unbekannte Rechtsprinzipien[26]). Sie zeigen, wie die ganze Persönlichkeit des Hauskindes, mag sie auch nach Aussen selbständiger geworden sein, doch von derjenigen des Hausherrn absorbiert wird, wie alle nur durch ihn und für ihn bestehen und in ihm und durch ihn allein ihr Recht haben[27]). Das römische Haus ist auch in historischer Zeit im rechtlichen Sinne nicht eine auf gegenseitigen Rechten und Pflichten beruhende Gemeinschaft, sondern immer noch ein durchaus einseitiges, egoistisches Herrschaftsverhältnis, innerhalb dessen rechtlich allein die Willkür des Herrn massgebend ist[28]). So erklärt sich, wie noch ein klassischer Jurist den paterfamilias als denjenigen bezeichnet, qui „dominium“ in domo habet Ulpian l. 195 § 2 D. 50. 16[29]). Treffend hat man daher die römische Familie in moderner Rechtssprache als ein Rechtsverhältnis bezeichnet, in dem der Herr allein das Subjekt ist.[30]) So wird uns der Fortbestand der mittelbaren Injurie auch in späterer Zeit begreiflich. Denn ihre Bedingungen, die wir für die älteste Zeit entwickelt hatten, sind auch jetzt noch in ausreichendem Umfange bestehen geblieben[31]). Die absolute egoistische Praeponderanz des Gewaltherrn legte ihm auch jetzt noch nahe, das gesamte Tun und Leiden der Unterworfenen egoistisch mit sich in eins zu setzen, in der Aktivität und Passivität derselben nur seine eigene zu sehen. In der ersten sowohl wie in der zweiten

---

26) Mandry I. S. 46. 47. 51.

27) Rossbach, Not. 100.

28) Hölder, Ehe, S. 3. 4.

29) Brinz, II. Aufl. III. § 456 S. 593.

30) Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 131.

31) Immerhin mochte bei der Erhaltung der Klage des Vaters auch das Gesetz der Trägheit und die Tendenz am Ueberlieferten festzuhalten mitspielen. Denn auf das Verfahren nach der lex Cornelia wurden die Grundsätze der mittelbaren Injurie nicht übertragen. Die mittelbare Verletzung konnte der Vater nur mittels der auf das Edikt gestützten Klage geltend machen. l. 5 § 6 D. h. t.

D. h. t. bei Aufzählung der Arten der mittelbaren Injurie auf auf einer Stufe mit den gewaltunterworfenen Hauskindern genannt wird. Ein deutlicher Beweis liegt endlich vor in der Regelung der Aktiv- und Passivlegitimation zur mittelbaren Klage. Die a° legis Aquiliae, die a° de servo corrupto und die a^ones utiles oder in factum nach Analogie dieser Klagen, welche der Reparation des am Sklaven als Vermögensobjekt angerichteten Schadens dienen, stehen einerseits jedem zu, dessen Vermögensinteresse durch das Delikt verletzt ist, dem Eigentümer sowohl als auch dem gutgläubigen Besitzer und dem Niessbraucher, andererseits werden sie auch gegen den Eigentümer als Täter und den Miteigentümern untereinander gegeben (l. 11 § 10, l. 12. 17. 19. 20 D. 9. 2, l. 9 pr. § 1 D. 11. 3). Im Gegensatz dazu war zur mittelbaren Injurienklage unter ausdrücklicher Ausschliessung des Niessbrauchers und des gutgläubigen Besitzers nur der dominus aktiv legitimiert, l. 15 § 47 D. h. t., Inst. h. t. § 5. Dagegen war die Verantwortlichkeit des dominus wegen Injiuriierung des Sklaven sowohl den Miteigentümern als auch anderen am Sklaven Berechtigten gegenüber ausdrücklich ausgeschlossen, l. 15 §§ 36. 37 D. h. t. Es liegt nahe, den den Grund dieser Verschiedenheit in dem besonderem sozialen und rechtlichen Verhältnisse des dominus zum Sklaven als natürlicher Person zu suchen, welches auch den Anlass zur Annahme einer neben dem Privateigentum am Sklaven als Sache einhergehenden potestatas über denselben als Person gegeben hat[15]).

---

[15]) a) Huschke, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Neue Folge 2 Giessen 1845, Seite 195 weist zuerst richtig darauf hin, dass die Injurie sich gegen die Person des Sklaven richtet, erklärt aber dann auf Grund einer Verwechselung der natürlichen und der Rechtspersönlichkeit die persönliche Verletzung des Sklaven für unmöglich. Sie müsse „als eine sachliche gedacht werden, die ein mit unter das die ganze Existenz des Sklaven umfassende Eigentum fallendes Recht verletzt“. Ueberhaupt betont er im Sklaventum das sachliche Verhältnis gegenüber dem persönlichen. Huschke, Studien, Seite 198. b) Anderer Ansicht ist auch Buchka G. S. 26. Seite 529. Er sieht die Injurie in der Verletzung des Sklaven als Sache, obwohl Sachverletzung sonst nirgends Injurie ist. c) Landsberg Seite 50. 51. rechnet die Sklaveninjurie zu den Injurien „bei“ Vermögensgegenständen. d) Pernice, Seite 35, sieht hier den Tatbestand in der Einwirkung auf eine fremde Sache, verlässt aber diesen Gesichtspunkt schon auf der folgenden Seite 36: „der Sklave selbst als Persönlichkeit wird hier angegriffen“.

Ziehen wir das Resultat der bisherigen Darstellung, so ergibt sich uns als Tatbestand der mittelbaren Injurie nach Massgabe der Quellen Folgendes: Es stehen zwei Personen in einem bestimmten Verhältnis der Ueber- oder Unterordnung. Nun liegt eine Handlung vor, welche ihrer Natur nach ein persönliches Rechtsgut der untergeordneten Person angreift, nicht notwendig auch ein eigenes Rechtsgut des Uebergeordneten. Trotzdem wird eine selbständige, zweite, eigene Verletzung der übergeordneten Person angenommen.

Die Erklärung des Problems.

Das Problem der mittelbaren Injurie ist: Wie kommen die Römer dazu, eine eigene persönliche Verletzung der übergeordneten Person anzunehmen, trotzdem sie in einem ihr eigentlich zugehörigen Rechtsgute nicht getroffen ist?

Frühere Erklärungsversuche.

Die ältere Theorie half sich mit der Annahme, dass die Römer die Einheit der Ehre der betreffenden Personen fingiert hätten[16]). Damit war natürlich an die Stelle der unverständlich bleibenden Sache nur ein nicht minder erklärungsbedürftiges Schlagwort getreten und das Problem hatte nur den Namen gewechselt, ohne der Lösung entgegengebracht zu werden. Denn, was unter Einheit der Ehre zu verstehen sei, leuchtet eben so wenig ein wie die Bedeutung einer Einheit der Körperintegrität, Freiheit oder anderer persönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen. Man hat ferner gesagt, die Handlungsfähigkeit des Sohnes zu Gunsten des Vaters repräsentiere einen Teil der Machtfülle des Vaters. Da nun die Injurie jeder Angriff auf die Machtfülle einer Person sei, so müsse auch jeder Angriff auf den Sohn, eine unmittelbare Injurie gegen den Vater enthalten[17]). Aber aus der angenommenen Voraussetzung dürfte sich nur ergeben, dass solche Angriffe, welche die Handlungsfähigkeit des Sohnes antasten, Injurien gegen den Vater sind. Was aber hat eine Ohrfeige oder ein Hausfriedensbruch

---

[16]) Feuerbach-Mittermeier, § 281 Anmerkung. Hälschner, Preussisches Strafrecht III. 245. Köstlin, Abhandlungen, S. 19. „Die Personeneinheit", welche man der Einheit der Ehre zu Grunde legen wollte, wurde widerlegt durch von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. S. 127 f.

[17]) Buchka G. S. 26, 523 f. besonders 529.

mit der Handlungsfähigkeit zu tun? Auch durch die Berufung auf die rechtliche Gewalt des Hausherrn wäre die Erscheinung der mittelbaren Injurie nicht zu begründen. Ihr wäre Rechnung getragen mit einem Verfügungsrechte des Vaters über die aus der Verletzung des Sohnes für diesen entspringende Klage. Sollte aber wirklich durch jeden Angriff auf den Haussohn das Gewaltrecht des Vaters selbst als angegriffen gelten, so wäre nicht einzusehen, warum man nicht ebenso wie bei andern Rechten und Gütern von einer direkten Verletzung gesprochen, sondern die komplizierte Konstruktion der mittelbaren Verletzung gewählt hätte. Zudem würde jede Erklärung aus der rechtlichen Konstruktion des Gewaltverhältnisses bei den gewaltlosen familienrechtlichen Abhängigkeitsbeziehungen versagen. Zuzugeben ist freilich, dass beide Institute, das der mittelbaren Injurie und das der väterlichen Gewalt, ihrem Grundgedanken nach verwandt erscheinen. Und so liegt denn die Vermutung nahe, dass beide Rechtserscheinungen, wenn auch nicht eine von der andern, so doch vielleicht gemeinsam aus einer und derselben Wurzel abgeleitet werden können. Dies dürfte dann die allgemeine sozialpsychologische Struktur der römischen Familie überhaupt sein. Man kann diese Struktur, wenn auch mit wesentlicher Milderung ihrer Härten und Abschwächung ihrer Konsequenzen, dann auch in jenen gewaltlosen, familienrechtlichen Abhängigkeitsbeziehungen (freie Ehe, Brautschaft, Verhältnis der Mutter zu den Kindern) wiederfinden.

Eigene Erklärung.

An einer Stelle gestatten uns die Quellen selbst einen Einblick in den Mechanismus der mittelbaren Verletzung. Dies ist die l. 2 C. h. t., welche in ihrem hier entscheidenden Teile folgendermassen lautet:

> . . . . cum et maritus in uxoris pudore et pater in existimatione filiorum propriam iniuriam pati intelliguntur.

Das Wesen der mittelbaren Injurie ist hier dahin bestimmt, dass der Ehemann oder der Vater in der Person des unmittelbar Betroffenen eine eigene Verletzung erleidet. Welches ist nun, psychologisch betrachtet, der Sinn einer solchen eigenen Verletzung, die der eines Anderen korrespondiert?

Die allgemeine psychologische Grundlage der Konstruktion ist jedenfalls das Mitgefühl. Jeder Mensch besitzt in grösserem oder geringerem Grade die Fähigkeit, sich in das Seelenleben der Anderen einzufühlen. Diese Tätigkeit der Einfühlung besteht darin, dass ich Akte des fremden Seelenlebens, Vorstellungen, Gefühle und Wollungen, oder Zustände desselben, wie Stimmungen, im Bereiche meines eigenen Seelenlebens nachahme. Das Resultat ist das Mitdenken, Mitfühlen, Mitwollen mit der fremden Persönlichkeit, die Wiederholung des fremden psychischen Lebens innerhalb meines eigenen. Wenden wir die Erkenntnis dieser allgemeinen Tatsache auf das psychische Verhalten eines Menschen zu den persönlichen Rechtsgütern der andern an, welche uns hier besonders interessieren, so ergibt sich die Fähigkeit des Menschen, die Freude des Inhabers am Genuss dieser Güter, das Verlangen nach ihrer Erhaltung, den Schmerz über ihre Verletzung mitzufühlen. Im Sinne dieser Einfühlung verspüre ich die fremde Befriedigung im Genusse des Rechtsgutes als eigene Befriedigung, das fremde Verlangen nach Erhaltung des Gutes, das in dem gegen jedermann gerichteten Achtungsanspruch zum Ausdruck kommt, als eigenen Anspruch, die Unlust über die Störung des ruhigen Genusses als eigene Verletzung (propriam iniuriam patitur). So bewirkt die Einfühlung, dass die Güter jedes Einzelnen in gewissem Sinne auch jedem Anderen zugehören und dass jedermann in den Gütern aller Anderen verletzt werden kann. Sie verwischt die Grenzen der individuellen Interessensphären.

In dieser ihrer Funktion liegt die Einfühlung allem altruistischen Denken, Fühlen und Handeln zu Grunde. Fühlte der Mensch die fremde Verletzung nicht wie die eigene, so würde für ihn keine Veranlassung bestehen, sich um fremdes Leid zu kümmern. Die Mitempfindung der Verletzung ist die psychologische Grundlage aller Einrichtungen der Gemeinschaft zum Schutze der Güter des Einzelnen. In den pönalen Formen, welche dieser Schutz annimmt, der öffentlichen und der Privatstrafe aber zeigt sich, dass der Einzelne die mitgefühlte Verletzung des Andern doch nicht in dem Sinne als seine eigene fühlt, wie die ihm unmittelbar zugefügte. Denn das der Ausgleichung der Verletzung dienende Recht auf Strafe wird nicht jedem einzelnen Rechtsgenossen zugeschrieben, sondern entweder der Gemeinschaft oder

dem unmittelbar Verletzten oder beiden zugleich. Nicht anders verhält es sich mit der Genugtuung. Bin ich selbst verletzt, so verlange ich Genugtuung für mich. Ist ein Anderer verletzt, so werde ich wegen des Reflexes, den seine Verletzung in mir gefunden hat, nicht gleichfalls für mich etwas fordern. Denn die Ursache meines mittelbaren Schmerzes liegt in der Verletzung des Dritten. Ist diese durch die ihm geschuldete und geleistete Genugtuung ausgeglichen, so ist auch ihrem Reflex in mir der Boden entzogen. Das auf der allgemeinen Tatsache der Einfühlung beruhende Mitgefühl selbst kann daher konsequent zur Aufstellung eines Genugtuungsanspruches nur für den Verletzten führen, nicht auch für den Dritten, der durch seine Verletzung nur mittelbar betroffen wurde. Da aber das Wesen der mittelbaren Injurie oben in der Anerkennung einer solchen selbständigen Genugtuungsklage des direkt unbeteiligten Dritten besteht, so genügt es zur Erklärung der mittelbaren Injurie nicht, das propriam iniuriam der l. 2 C. h. t. im Sinne des allgemeinen Mitgefühls zu verstehen.

Erzeugt aber regelmässig nur die eigene Verletzung im engeren Sinne eine Genugtuungsklage für den Betroffenen, so weist ihre ausnahmsweise Gewährung für die blos eingefühlte Verletzung deutlich darauf hin, dass dem rechtsschöpfenden Bewusstsein die abgeleitete Verletzung der unmittelbar eigenen in diesen Ausnahmefällen irgendwie angenähert oder ähnlich erschien. Die Frage ist, ob und in welchem Sinne jene Fälle Bedingungen einer solchen Annäherung der blos mitgefühlten Verletzung an die eigene in sich tragen.

In der Tat haben nun die Nahverhältnisse zwischen Personen im Allgemeinen und auch die hier in Betracht kommenden der Haus- und Familiengenossenschaft die Kraft in sich das Mitfühlen mit den Genossen weit über die dem Mitgefühl mit dem Fremden zukommende Intensität hinaus zu steigern und an Lebendigkeit und Deutlichkeit den eigenen Gefühlen im engeren Sinne anzunähern. Wenden wir dies insbesondere auf die Rechtsgüter an, so ergibt sich die Folge, dass die Gesundheit, die Ehre etc. meiner Hausgenossen, eben weil das Gefühl ihres ungestörten Genusses und ihrer Verletzung in mir selbst einen Wiederhall finden kann, der an Stärke und Lebendigkeit dem Gefühle des

Genusses und der Verletzung meiner eigenen Güter sich nähert, mir in einem ganz besonderen Sinne eigen und zugehörig erscheinen. Man kann bildlich von einem Miteigentum aller Hausgenossen an den persönlichen Gütern jedes einzelnen sprechen und es liegt jedenfalls ein diesem Bilde entsprechendes Gefühl zu Grunde, wenn einem Familiengliede wegen Verletzung eines andern eine Genugtuungsklage wie wegen der eigenen Verletzung gegeben wird. Aber auch diese psychologische Konstruktion vermag das Phänomen der mittelbaren Injurie nicht zu erklären. Sie würde ihren rechtlichen Ausdruck darin finden müssen, dass jede im Nahverhältnisse stehende Person durch Verletzung jeder andern eine eigene Injurie erleidet, während bei der mittelbaren Injurie nur die im Nahverhältnis Uebergeordnete in den abhängigen Personen, nicht auch die einzelnen abhängigen Personen in der Uebergeordneten oder untereinander als selbst verletzt gelten[18]).

Es ist also, wenn die mittelbare Injurie als propria des Vaters bezeichnet wird, jedenfalls noch eine dritte Bedeutung des Wortes „eigen" im Spiele, welche offenbar mit dem Verhältnis einseitiger Ueber- und Unterordnung zusammenhängt. Die pesönlichen Güter jedes einzelnen Hausgenossen sind in gewissem Sinne allen gemeinsam, die Verletzung des Einzelnen auch eine eigene Verletzung jedes Andern, es ist aber ausserdem diese Verletzung „eigene" Verletzung des Vaters in einem Sinne, welcher für die abhängigen Personen nicht in Betracht kommt. Wenn das Wesen meiner Ueberordnung über eine Person darin besteht, dass ich Macht über sie besitze und ihr gegenüber nicht oder nur in geringem Masse gebunden bin, wenn der Wille des Abhängigen meinem massgebenden Willen stets oder doch in gewissen Beziehungen konform sein muss und umgekehrt mein Wille sich nirgends an einem gegen ihn gerichteten Achtungsanspruche des Anderen stösst, so wird sich in mir das Bewusstsein schwächen, dass ich es mit einer von mir verschiedenen Persönlichkeit zu tun habe. Ich werde geneigt sein, den Anderen, weil mein Wille für ihn bestimmend ist, ähnlich wie

[18]) Damit widerlegt sich auch Landsbergs Erklärung der mittelbaren Verletzungen der Familienangehörigen als direkter Verletzungen im Familiengefühl. S. 49 und 58.

sonst für mein eigenes Tun, mit mir selbst gleichsusetzen, ihn nur als einen Ausschnitt meiner eigenen Persönlichkeit zu betrachten. Die Güter des Anderen werden mir, soweit ich bei ihrem Genuss und der Verfügung über sie etwas mitzureden habe, als eigene Güter erscheinen. Die Verletzung der unterworfenen Person ist mir dann nicht nur in dem Sinne eigen, dass ich an ihr dasselbe oder annähernd dasselbe Interesse nehme wie an einer eigenen, ein Interesse welches auch ihn seinerseits berechtigen würde in meiner Verletzung seine eigene zu sehen. Sondern sie ist mir „eigen" in dem Sinne, dass sie die mit der fremden Persönlichkeit mir zugleich unterworfene Gütersphäre derselben verletzt. So kann die übergeordnete Person in den Gütern der abhängigen eine „eigene" Verletzung in einem ganz besonderen Sinne erleiden. Die „eigene" Verletzung wird für den Uebergeordneten eine unmittelbare sein, wenn sie die Gesundheit Ehre etc. selbst trifft, eine mittelbare, wenn sie die kraft der Unterwerfung der fremden Person von seinem Willen beherrschte Sphäre des Andern antastet.

Aufgabe des Folgenden nun ist darzulegen, dass dieses Moment der Ueberordnung in allen Nahverhältnissen, in denen eine mittelbare Injuriierung anerkannt wird, eine Rolle spielt und gerade von den Römern besonders stark betont wurde.

Die römischen Juristen leiten die Gewalt über den filius familias, die Frau in manu, den Sklaven nicht aus einer Quelle ab[19]). Sie lassen das Recht über den Sklaven aus dem Eigentum hervorgehen und sehen die manus als eine Analogie der väterlichen Gewalt an. Aber die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts hat die ursprüngliche Einheit aller hausherrlichen Gewalt zum mindesten wahrscheinlich gemacht[20]). Es scheint danach, dass wir an den Anfang der römischen Rechtsentwicklung die Einheit nicht nur der Gewalten über die Personen, sondern auch dieser mit den Gewalten über die Sachen setzen müssen[21]). Man stützt diese Vermutung auf das Wort familia, welches noch in späterer Zeit das gesamte Herrschaftsgebiet des Hausherrn persönlicher und sachlicher Natur unterschiedslos umfasste. Auch

---

[19]) Rossbach, S. 29. Not. 100. Mandry I. 31.
[20]) Mandry I. 31.
[21]) Brinz, IV. S. 592. § 456, S. 594 § 457.

die Tatsache, dass für die Disposition über freie und unfreie Personen auch später noch dieselben Formen galten, wie für die Verfügung über Sachen (mancipatio), ist nur durch eine ursprüngliche Einheit der Gewalten erklärbar. Uns interessiert hier besonders die Bedeutung jener Gleichstellung für die persönlichen Bestandteile, fast hätte ich gesagt, Glieder der Familie, obgleich von einer Gliedschaft, die eine gewisse Selbständigkeit dem Ganzen gegenüber voraussetzt, nicht die Rede sein kann. Die äussere Gleichstellung mit den Sachen ist ein Symptom der völligen Negierung der Persönlichkeit des Unterworfenen. Diese ist schlechtweg nur Objekt der Herrschaft, nur Mittel für die Zwecke des Herrn, der alles, selbst ihr Leben in seiner Hand hat (ius vitae ac necis). Der Hausherr hat nur Rechte, die Unterworfenen nur Pflichten, seine Macht findet keine Grenze an irgend welchem gegen ihn gerichteten Achtungsanspruche seiner Untergebenen. Sie gehen als Organe seiner Betätigung in ihm auf und treten ihm nicht zugleich als selbständige, Anerkennung fordernde Wesen gegenüber[22]. Es wäre verwunderlich, wenn die absolut bedeutungslose Persönlichkeit des Unterworfenen nun plötzlich im Augenblicke ihrer Verletzung als eine von dem Herrn verschiedene und selbständige in Betracht kommen sollte und es ist nur die Kehrseite der Absorption der gesamten aktiven Sphäre des Untergebenen, die Uebertragung dieses Verhältnisses vom Tun auf das Leiden, wenn auch in der Verletzung des Unterworfenen, in seiner Passivität, der Herr sich mit ihm völlig in eins setzt. Die natürliche Person des Unterworfenen macht sich darin geltend, dass sie dieselben Bedürfnisse hat wie der Herr und der Verletzung somit dieselben Seiten darbietet, die Ehre, die Freiheit, den Hausfrieden etc. Aber der Herr fühlt alle diese Güter, weil eben die fremde Persönlichkeit in ihm aufgeht und ihm nicht als eine selbständige gegenüber steht, weil sie nur durch ihn auf Achtung Anspruch hat, als eigene Güter, ihre Verletzung als Verletzung seiner selbst, die folgeweise auch nur ihm selbst gebüsst werden kann. Er ist verletzt in seinem Organ, das ihm auf Grund der sozialpsychologischen Struktur der Familie nicht minder unterworfen ist wie seine Hand auf Grund der

---

22) Rossbach, S. 21 sub. 4. Jede Klage der Unterworfenen gegen den Hausherrn ist ausgeschlossen.

physiologischen Organisation seines Körpers. Und so wenig er sich in seiner Hand als in einem fremden Wesen betroffen glauben würde, so wenig wird er anerkennen, dass mit der Verletzung seines Gewaltunterworfenen die Verletzung eines ihm Fremden, nicht seiner selbst, gegeben, dass hier ein Eintreten für den Anderen seine Pflicht und nicht vielmehr die Ahndung der eigenen Verletzung sein Recht sei.

Während aber das Verhältnis des Herrn zum Sklaven die eben dargelegte Struktur immer behielt[23]), änderte sich dasjenige des Vaters zum Hauskinde zu Gunsten des letzteren. Die Persönlichkeit des Hauskindes kam im Laufe der Entwickelung zu grösserer Geltung. Die ursprünglich absolute Rechtsunfähigkeit desselben auf dem Gebiete des Vermögensrechtes ward von Ausnahmen durchbrochen. Zudem knüpfte der Staat über den Kopf des Familienvaters hinweg Beziehungen mit den Gewaltunterworfenen an. Es entspricht dieser Entwicklung, wenn nunmehr auch der Sohn als Inhaber eines eigenen Achtungsanspruches für die durch die Injurie verletzbaren Güter anerkannt wurde, seine Verletzung als eigene Verletzung in Betracht kam und dementsprechend eine besondere Klage erzeugte[24]). Wenn aber trotz der Anerkennung einer eigenen Verletzung des Sohnes die alte Klage des Vaters unversehrt bestehen blieb, so lag dies daran, dass das Verhältnis des Hausvaters zu den Gewaltuntergebenen trotz praktischer Milderung im Prinzip dasselbe blieb[25]). Wohl mochte die Sitte fortgeschrittener Zeit ihren Einfluss geltend machen. Die Persönlichkeit der Untergebenen aber war dem Gewalthaber gegenüber von geringer Bedeutung. Es ist sicher,

---

[23]) Wallon III. S. 60, scheint in l. 1 C. h. t. (a. 222) ein spätes Verbot der Sklaveninjurie als solcher ohne Rücksicht auf den Herrn zu sehen und stellt dieses Verbot auf eine Stufe mit dem der Tötung des Sklaven. Jedoch die Tötung war ein öffentliches Verbrechen, bei welchem die Anklage Jedermann zustand, die Injurie dagegen blieb immer l. 7 C. h. t. (a. 293) ein Privatverbrechen, dem es, wenn es direkt gegen den Sklaven gerichtet sein sollte, bei der Rechtsunfähigkeit desselben am Kläger gefehlt hätte.

[24]) l. 18 §§ 10—22 D. h. t., l. 1 §§ 5. 8, l. 41 D. h. t., l. 22 §§ 9. 10 D. 46. 8. Nur soweit das Verfahren der lex Cornelia zulässig ist, kann der Sohn ohne Beschränkung seine Klage selbst geltend machen, l. 5 § 7 D. h. t.

[25]) Rossbach, S. 12, S. 31. Not. 102 a, l. 7 § 3 D. h. t. Das väterliche Zuchtrecht und die langsame Beschränkung des ius vitae ac necis.

dass auch die spätere römische Hausgemeinschaft an Strenge und Geschlossenheit die der anderen indo-germanischen Völker bei weitem übertraf. Die im Prinzip dem Vater gegenüber bis zuletzt festgehaltene Vermögensunfähigkeit, die lange Dauer des Verhältnisses, dessen natürliche Beendigung nicht die Erreichung eines bestimmten Lebensalters bildete, sondern nur der Tod, das sind ausschliesslich römische, anderen Völkern unbekannte Rechtsprinzipien[26]). Sie zeigen, wie die ganze Persönlichkeit des Hauskindes, mag sie auch nach Aussen selbständiger geworden sein, doch von derjenigen des Hausherrn absorbiert wird, wie alle nur durch ihn und für ihn bestehen und in ihm und durch ihn allein ihr Recht haben[27]). Das römische Haus ist auch in historischer Zeit im rechtlichen Sinne nicht eine auf gegenseitigen Rechten und Pflichten beruhende Gemeinschaft, sondern immer noch ein durchaus einseitiges, egoistisches Herrschaftsverhältnis, innerhalb dessen rechtlich allein die Willkür des Herrn massgebend ist[28]). So erklärt sich, wie noch ein klassischer Jurist den paterfamilias als denjenigen bezeichnet, qui „dominium“ in domo habet Ulpian l. 195 § 2 D. 50. 16[29]). Treffend hat man daher die römische Familie in moderner Rechtssprache als ein Rechtsverhältnis bezeichnet, in dem der Herr allein das Subjekt ist.[30]) So wird uns der Fortbestand der mittelbaren Injurie auch in späterer Zeit begreiflich. Denn ihre Bedingungen, die wir für die älteste Zeit entwickelt hatten, sind auch jetzt noch in ausreichendem Umfange bestehen geblieben[31]). Die absolute egoistische Praeponderanz des Gewaltherrn legte ihm auch jetzt noch nahe, das gesamte Tun und Leiden der Unterworfenen egoistisch mit sich in eins zu setzen, in der Aktivität und Passivität derselben nur seine eigene zu sehen. In der ersten sowohl wie in der zweiten

---

26) Mandry I. S. 46. 47. 51.

27) Rossbach, Not. 100.

28) Hölder, Ehe, S. 3. 4.

29) Brinz, II. Aufl. III. § 456 S. 593.

30) Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 131.

31) Immerhin mochte bei der Erhaltung der Klage des Vaters auch das Gesetz der Trägheit und die Tendenz am Ueberlieferten festzuhalten mitspielen. Denn auf das Verfahren nach der lex Cornelia wurden die Grundsätze der mittelbaren Injurie nicht übertragen. Die mittelbare Verletzung konnte der Vater nur mittels der auf das Edikt gestützten Klage geltend machen. l. 5 § 6 D. h. t.

hier angenommenen Periode erscheint als natürlicher Geniesser des verletzten Gutes der Gewaltunterworfene. In der ersten kommt der Gewaltherr rechtlich als alleiniger rechtlicher Inhaber des Gutes in Betracht, in der zweiten dagegen wird auch die faktische Inhaberschaft des Untergebenen Dritten gegenüber zu einer juristischen. Das Gut wird auch in seiner Sphäre zum Rechtsgute. Das eine Gut der Ehre, Freiheit etc. ragt nunmehr in zwei verschiedene Rechtssphären hinein und seine Verletzung erzeugt in jeder der beiden je eine besondere Klage.

Den potestati subiecti stellt *Ulpian* die affectu subiecti gegenüber, l. 1 § 3 D. h. t. Dies sind die Frauen in der freien Ehe gegenüber dem Mann, die Braut gegenüber dem Bräutigam, die Kinder gegenüber der Mutter.

Aus dem Affekt allein, dem Familiengefühl, lässt sich die indirekte Klage natürlich auch hier nicht erklären. Müsste doch alsdann auch die Frau wegen Verletzung des Mannes, die Braut und das Kind wegen der des Bräutigams oder der Mutter die Klage haben. Eine solche Klage der Frau aber wird von den Quellen ausdrücklich zurückgewiesen l. 2 D. h. t, § 2. Inst. h. t. Auch der Grund dieser Zurückweisung, dass nur der Mann die Frau, nicht auch umgekehrt die Frau den Mann zu verteidigen habe, vermag höchstens ein besonderes Verfügungsrecht des Mannes über die Klage der Frau, niemals aber die eigene Klage des Mannes zu rechtfertigen. Es ist alles Gewicht auf das Wort subiecti zu legen und die mittelbare Klage weniger auf das Nahverhältnis selbst als auf die mit ihm gegebene Abhängigkeit zu gründen.

Die Verhältnisse, um die es sich hier handelt, bringen schon nach ihrem natürlich-sittlichen Bestande nicht eine völlige Gleichordnung der beteiligten Personen mit sich, sondern eine gewisse Unterordnung der Kinder unter die Mutter, der Ehefrau unter den Ehemann, der Braut unter den Bräutigam. Zieht man den römischen Nationalcharakter in Rechnung, dem eine scharfe Ausprägung aller Herrschaftsverhältnisse entspricht, so ist es durchaus verständlich, dass auch in diesen Familienverhältnissen das Uebergewicht der übergeordneten Person ganz besonders energisch betont wurde. Das mochte hauptsächlich auf dem Gebiete der Sitte zum Ausdruck kommen. In der rechtlichen Regelung dieser

Verhältnisse fehlt es aber auch abgesehen vom Rechtsinstitut der mittelbaren Injurie an Andeutungen in diesem Sinne nicht. Das Verhältnis der Mutter zu den Kindern freilich ist ausser im Erbrechte nirgends die Grundlage bestimmter Rechtsvorschriften geworden. Für das Brautverhältnis, das gleichfalls wohl mehr der Sitte angehörte, gelten nur wenige Rechtsregeln, in denen aber ein Uebergewicht des Bräutigams über die Braut zum entschiedenen Ausdruck kommt[32]). Am meisten ist die egozentrische Auffassung zu Gunsten des Ehemanns in der freien Ehe ausgeprägt, obwohl auch diese, als mehr der Sitte angehörig, nirgends prinzipieller unfassender Satzung unterworfeu ist. Die freie Ehe beruht nicht auf Gleichberechtigung, sondern auf einer eheherrlichen Gewalt des Mannes. Der Fortschritt von der Manusehe zur freien Ehe ging nicht „auf abstraktem Wege" vor sich. Es ragten auch in die jüngere Form Gedanken hinein, die sich nur durch die Herkunft aus der älteren erklären lassen. So etwa das Tötungsrecht im Falle des Ehebruchs (Cato bei *Gellius* X, 23, Nov. 117, 15) das freilich in klassischer Zeit nicht mehr bestand, ein Züchtigungsrecht des Mannes gegen die Frau[33]). Aber auch abgesehen von diesen Erinnerungen an längst entschwundene Zeiten, war das Verhältnis der freien Ehe ein zum mindesten gewaltähnliches. Es gab eine hausherrliche Gewalt, welche weiter war, als die väterliche und auch die Frau in freier Ehe umfasste[34]). Der Mann, nicht auch umgekehrt die Frau, hat ein Recht auf eheliche Treue, er hat ferner das interdictum de uxore exhibenda et ducenda. Nicht minder kommt das Uebergewicht des Mannes zum Ausdruck, wenn die Quellen davon reden, dass die Frau se ipsam marito committit, dass sie ihm reverentia und pietas schuldig sei l. 8 C. 5. 14, l. 14 § 1 D. 24. 3, l. 32 § 2 D. 12. 6.

Es ist also ganz allgemein die im Sinne der übergeordneten Personen durchaus egoistische Gestaltung der in Betracht kommenden Nahverhältnisse der Grund der mittelbaren Injurie. Da die

---

[32]) Das Uebergewicht des Bräutigams äusserte sich hauptsächlich in der einseitigen Treue- und Wartepflicht der Braut, l. 14 § 3 D. 48. 5 und l. 2 C. 5. 17. Ueber beide Colin, Des Fiançailles p. 50. 53 f.

[33]) Rossbach, S. 52 und 54.

[34]) Brinz II. Auflage I. § 41. S. 148 besonders ad not. 7. Wendt, Pandekten § 293. i. f. S. 689. Sohm, Institutionen 11. Auflage 1903 S. 454 f. Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse 1885 S. 127.

analogen modernen Nahverhältnisse durchaus unter dem Gesichtspunkt der Pflicht der übergeordneten Person stehen und ihr Recht durch den Zweck beherrscht wird, die Erfüllung der Pflicht zu erleichtern und zu sichern, so ist mit der egoistischen Struktur auch die Bedingung für die Annahme einer mittelbaren Injurie gefallen. Es hat daher die Anschauung, welche auch heute noch eine mittelbare eigene Beleidigung des Vaters oder Ehemanns für möglich hält, jedenfalls die Natur der Sache nicht für sich[35]).

§ 28.

16.

Iniuria defuncti.

Das Andenken des Verstorbenen, sein Leichnam, das Grab: sie sind dank ihrer Beziehung auf ihn Gegenstand eines besonderen Kultes, dem auch das Strafrecht Rechnung trägt. Aber es besteht zwischen dem Andenken und dem Körper einerseits und dem Grabe andererseits ein tiefgehender Unterschied. Das Bild des Verstorbenen in der Seele der Lebenden wird früher oder später der Vergessenheit anheimfallen, da der Körper fehlt, in dessen Lebensäusserungen es eine Quelle steter Auffrischung hatte. Der Leichnam unterliegt der Verwesung, er verliert die Menschenähnlichkeit, welche die Erinnerung an die Persönlichkeit vermittelt, der er dienstbar war, und wird zu Staub. Das Grab dagegen, welches seine Bestimmung, dem Toten zur Ruhestätte zu dienen, schon äusserlich in seiner Form zum Ausdruck bringt, wird im Gegensatz zur Vergänglichkeit des Andenkens und des Körpers zum selbständigen, bleibenden Zeichen der vergangenen Existenz eines Menschen. Es frischt die individuelle Erinnerung an ihn immer von neuem wieder auf und auch, wenn diese geschwunden ist, bleibt es der Träger eines allgemeinen, aller individuellen Züge beraubten Gedenkens. Das Andenken des Verstorbenen hat sich hier versachlicht, unabhängig gemacht von der Erhaltung der natürlichen Ueberreste des Lebenden, seinem Körper und der Erinnerung der Zeitgenossen. Es hat seine Schicksale verbunden

---

[35]) Ebenso im Resultat aber ohne genaue Analyse des Unterschiedes der römischen und modernen Verhältnisse schon Kleinschrod im Alten Archiv des Kriminalrechts I. 1799. S. 30.

mit denen des Grabes, welchem durch technische und rechtliche Mittel eine selbständige, zumeist auf längere Dauer berechnete Existenz gesichert wird. Erst wenn nach Generationen im lebenden Geschlechte das Gefühl der Zusammengehörigkeit mit den in ihren Gräbern ruhenden Toten gemindert ist, weicht die Scheu vor dem Grabe wirtschaftlichen oder wissenschaftlichen Interessen. Als Sache kann das Grab auch Gegenstand einer Anwartschaft lebender und zukünftiger Geschlechter werden. So wurzelt die Bedeutung des Andenkens und des Leichnams nur in der Vergangenheit, während das Grab in Recht und Leben mit dem Interesse gegenwärtiger und künftiger Generationen vielfach verknüpft ist.

Dieser Unterschied hat im römischen Rechte seinen Ausdruck gefunden in der Sonderung der actio sepulcri violati D. 47. 12, die den Grabesfrevel umfasst, und der den Totenfrevel sühnenden actio iniuriarum[1]). Jene schützt das Grab, zu dem auch die ihm rechtmässig einverleibten Gebeine gezählt werden (l. 3 § 7, l. 11. D. l. c.) in seiner äusseren Integrität als res religiosa. Sie steht zunächst demjenigen zu, „ad quem pertinet“ l. 3 pr. D. l. c., also dem am Grabe oder zu seinem Schutze Berechtigten[2]). Alsdann jedem, der sich des Grabes annehmen will. Sie dient aber, der rechtlichen Bedeutung des Grabes als Gegenstand einer Anwartschaft gegenwärtiger oder zukünftiger Geschlechter entsprechend, auch zum Schutz von Begräbnisplätzen gegen statutenwidrige Beerdigungen. Es kann also das Delikt der Grabverletzung auch durch einen der Pietät an sich durchaus entsprechenden und nur dem Begräbnisrecht widersprechenden Akt begangen werden l. 3 § 3 D. l. c. Dagegen umfasst die Injurienklage den eigentlichen Totenfrevel, die Verletzung der Pietät gegen einen in individueller Erinnerung fortlebenden Verstorbenen. Sie wird nur[3])

[1]) Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil und Strafrecht, Zürich 1885, übersieht die Bedeutung der Injurienklage für den Totenfrevel vollständig.

[2]) Je nachdem es sich um ein Erb- oder Familienbegräbnis handelte, den Erben oder Familienangehörigen. Ueber die Schutzberechtigten vgl. Ferrini Arch. Giurid. 1883. Bd. 30, 472.

[3]) Da von der Gewährung der Klage an die Angehörigen als solche nirgends ausdrücklich die Rede ist, so werden wir annehmen dürfen, dass auch in l. 27 D. h. t der Sohn als Erbe klagt.

als Klage des Erben erwähnt, welcher Träger der individuellen Traditionen des Erblassers ist. Die Hauptrichtungen der ihr unterstehenden Delikte sind die gegen die fama und gegen den Leichnam, den sie vom Augenblick des Todes bis zur endgültigen Bestattung schützt, um alsdann von der actio sepulcri violati abgelöst zu werden[4]).

Die Injurien gegen den Leichnam.

Die iniuria corpori oder cadaveri facta, l. 1 §§ 4. 6 D. h. t. Dies ist der Totenfrevel durch Angriff auf den Körper selbst. Einzelne Anwendungen sind nicht überliefert. Bei der grossen Allgemeinheit des Ausdruckes aber wird man darunter schlechthin jede die Gebote des Totenfriedens verletzende Handlung verstehen müssen, die in äussere Beziehung zum Leichnam tritt. Das geltende deutsche Recht straft von allen diesen Handlungen nur die unbefugte Wegnahme. Die römische Vorschrift begreift zweifellos auch jede Misshandlung der Leiche durch unmittelbare Tätlichkeiten, die, an einem Lebenden begangen, den Tatbestand der Körperverletzung oder der Unzucht oder der tätlichen Beleidigung bilden würden, wie das Anspeien, Besudeln desselben, endlich aber überhaupt jede in Gegenwart eines Toten vorgenommene, mit der Scheu und Zurückhaltung, die ihm gebührt, unverträgliche Handlung[5]).

Zweitens kommt in Betracht die spoliatio cadaveris l. 5. § 8. D. 14. 3, der Diebstahl der Bekleidungs- und Schmuckgegenstände, mit welchen die Leiche versehen ist. Der Diebstahl wird in unserem Falle bei dem Leichenwäscher begangen. Das ist für den Tatbestand insofern wesentlich, als nur die vor der Beerdigung begangene Beraubung Totenfrevel (iniuria), die später vollführte dagegen Grabesverletzung (sepulcri violatio) ist, l. 3 § 7 D. 47. 12. Die gestohlenen Gegenstände stehen hier, wie die actio furti beweist, noch im Eigentum der Erben oder An-

---

[4]) Man darf sich bei dieser Scheidung nicht dadurch beirren lassen, dass Vorschriften über die Beerdigung den Titeln über die sepulcri violatio einverleibt sind. Es sind dies zum Teil Vorschriften polizeilicher Natur, die nicht im Interesse des Totenkultus gegeben werden, z. B. l. 3 § 5. D. 47. 12, zum Teil beziehen sie sich auf die translatio bereits rechtmässig begrabener Leichen l. 3 § 4 D. 47. 12.

[5]) So könnte das Injurienrecht bereits alle von Crusen, Pietät S. 75. 77. 79. vorgeschlagenen Erweiterungen umfassen.

gehörigen. Aber durch ihre Bestimmung für die Leiche sind sie zugleich schon über die gewöhnliche wirtschaftliche Sachweltsphäre erhoben. Die Antastung der höheren Rechtssphäre, in der sie sich befinden, heischt besondere Sühne in Gestalt der Injurienklage.

Drittens die iniuria funeri facta l. 1 § 6 D. h. t. Hier handelt es sich um die Störung, Verhinderung, Verspottung der Beerdigung selber, der letzten Ehre die dem Toten erwiesen wird, um den Schutz, den der Leichnam auf dem Wege zum Grabe geniesst[6]). Das Interesse an ungestörter Vollziehung der Bestattung zeigte sich auch in dem Verbote, Angehörige oder sonstige Begleiter des Leichenzuges vor Gericht zu rufen. Freilich ist nicht erkennbar, ob auch die Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot der Injurienklage unterfiel, l. 2. 3 D. 2. 4.

Viertens der Fall der ohne Erlaubnis der Sakralbehörde vollzogenen Exhumierung in l. 8 pr. D. 11. 7. Der Eigentümer eines Grundstücks veranlasst eigenmächtig die Entfernung der dort unberechtigter Weise durch einen Dritten beigesetzten Gebeine. Das Wesen des Frevels beruht in diesem Falle darauf, dass die Exhumierung ohne die Weihe vollzogen wird, die sie durch die Genehmigung der Sakralbehörde erhält[7]). Wenn hierin nicht ein Grabes- sondern ein Totenfrevel gefunden und nicht die actio sepulcri violati, sondern die actio iniuriarum gegeben wird, so ist das für die Zeit des die Entscheidung *Labeos* referierenden *Ulpian* ohne weiteres verständlich, da zu dieser Zeit die blosse illatio mortui ohne materielle privatrechtliche Befugnis einen Platz zum religiosus nicht machen konnte, ein ordnungsmässiges sepulcrum also in unserem Falle noch gar nicht vorhanden war l. 2 D. 11. 7. l. 2 C. 3. 44. (*Caracalla* a. 216.)[8]). *Caracallas*

---

[6]) Ueber ähnliche Vorschriften in den Gesetzbüchern von New-York 315, Waadt 134, Bern 93 vgl. Crusen S. 77.

[7]) Marquardt, Römische Staatsverwaltung, 1885, 2. Aufl. III. S. 309. 310. Not. 3. Es ist jedoch nicht gesagt dass es gerade die Vorschriften über translatio insbesondere l. 14 C. 3. 44 waren, die hier in Betracht kamen. Der princeps ist hier als Nachfolger des pontifex also als geistliche Behörde erwähnt. Raoul Audibert, Funérailles et sépultures. Paris 1885. S. 65. Ferrini, Arch. Giurid. 1883. Bd. 30. S. 448.

[8]) Ferrini, Arch. Giurid. 1883. Bd. 30. S. 456 Joseph Fayout, Du jus sep. Paris 1884. S. 143. 144. 189.

Entscheidung scheint indessen der Abschluss einer langen Entwicklung zu sein[9]), an deren Anfang der umgekehrte Satz stand, dass nämlich das einseitige sakrale Rechtsgeschäft der Illation den locus privatus auch ohne Einwilligung des Eigentümers zum religiosus machen konnte[10]). Wir müssen darum mit der Möglichkeit rechnen, dass für *Labeo* das Grab in unserem Falle ein rechtmässig begründetes war. Wenn *Labeo* trotzdem keinen Grabesfrevel annahm, so mag sich dies daraus erklären, dass die blosse Entfernung der Gebeine vom Grundstück durch den in seinem Rechte gekränkten Eigentümer nicht unter den Typus der böswilligen Grabesschändung (violatio) zn fallen schien. Die konfiszierende Kraft der illatio erschien vielleicht schon *Labeo* und seinen Zeitgenossen so wenig natürlich und gerecht, dass man einen Irrtum über diesen Satz des Grabrechtes leichter verzeihen und von dem Eigentümer sagen konnte: quia non animo violandi accedit, excusatus est, l. 3 § 1 D. 47. 12. Die Vorschriften dagegen über das, was dem Toten gebührte, waren offenbar auch zu *Ulpians* Zeit im Rechtsbewnsstsein des Volkes noch so lebendig, dass man ihre absolute Beachtung, auch bei Handlungen an sich erlaubter Selbsthilfe, forderte, dass auch die Wahrnehmung begründeter Privatrechte an ihnen ihr Schranke fand[11]).

In den Zusammenhang des Totenfrevels gegen den Leichnam gehört endlich die detentio cadaveris per creditores, die Behinderung der Beerdigung eines Schuldners durch die Gläubiger, um die Erben zur schleunigen Bezahlung oder Sicherstellung zu zwingen. Nach römischer Vorstellung[12]) irrt die Seele, nachdem sie den Körper verlassen hat, so lange umher, bis der Leichnam begraben ist. Dieser Zustand erscheint jedem Römer furchtbar, so dass er ihn sich selbst durch rechtzeitige Sorge für einen Begräbnisplatz und den Angehörigen durch schleunige Beerdigung zu ersparen suchte. Auch fürchtete man die Rache des umherschweifenden Geistes. Diese Vorstellungen machten sich nun die

[9]) Pernice, Labeo, 1. Aufl., I. 146.

[10]) Pernice, Zum römischen Sakralrecht, Berliner Akademieschriften 1885. II. 1155.

[11]) Daniel Lacombe, Des sépultures. Poitiers 1886. § 56. S. 49.

[12]) Verg. Aen. 6. 371—379, Horat. Oden I. 23. v. 23.

Gläubiger eines Verstorbenen zu Nutze, indem sie die Beerdigung bis zur Zahlung oder Sicherstellung verhinderten[13]). Die Handlung enthält eine Injurie gegen den Körper und die Beerdigung zugleich. *Julianus* gibt ihretwegen die actio iniuriarum l. 1 § 6 D. h. t. In späterer Kaiserzeit aber wurde dieser Handlungstypus zum Gegenstand besonderer gesetzgeberischer Anordnungen[14]). Erhalten sind Vorschriften von *Justinus* (l. 6 C. 9. 19, a. 526) und *Justinianus* (Nov. 60 Praefatio und cap. I a. 537). Es tritt nun zwar in diesen Spezialverordnungen der Gesichtspunkt der verbotenen Selbsthilfe (vgl. die ausdrückliche Bezugnahme auf das Decretum Divi Marci in Nov. 60 cap. I pr. und die Analogie in den Strafen) besonders hervor. Daneben wird aber auch der in der Handlung enthaltene Totenfrevel betont: „ut defuncti seu funera eius non iniurientur a creditoribus“ in der Ueberschrift, „sed etiam defunctum iniuriare eum non piguit“ in der Praefatio der Nov. 60.

Die Injurien gegen die fama.

Aeusserungen der Missachtung und Mitteilungen von Tatsachen, welche den Unwert der Persönlichkeit begründen, werden mit dem Tode des Menschen gegenstandslos nur mit Rücksicht auf ihre Wirkung bei dem Betroffenen selbst. nicht auch bei Dritten. Denn es existiert die Persönlichkeit des Verstorbenen nicht nur in der Erinnerung derer, die ihn gekannt haben, fort, sondern sie kann auch jeder Zeit durch Mitteilung an solche Personen, die bei Lebzeiten nichts von ihr wussten, zu Leben in dritten Personen erweckt werden. Die Quellen sprechen ausdrücklich von der Rufverletzung ohne für sie besondere Erfordernisse aufzustellen, l. 1 § 4 D. h. t.: idemque et si fama eius, ... , lacessatur.

In diesen Zusammenhang gehört die l. 27 D. h. t. Wenn die auf dem Grabe stehende Statue des Vaters mit Steinen be-

---

[13]) Kohler Shakespeare, S. 20. sieht hier auch die Nachwirkung einer vergangenen Rechtsanschauung, wonach der Körper und der Leichnam für die Schuld haftete.

[14]) Mommsen, Strafrecht 658. Not. 3.

worfen wird, so hat der Sohn[15]) die Injurienklage. Die Handlung betrifft zwar äusserlich das Grab, aber die Antastung desselben erschöpft ihre Bedeutung nicht, ist vielmehr zugleich Ausdrucksmittel für die Verachtung, welche dem Toten bezeugt werden soll. Die Beziehung auf die Persönlichkeit des Verstorbenen liegt ganz besonders in der Misshandlung der Bildsäule[16]), des steinernen oder ehernen Ebenbildes der Persönlichkeit. Es würde nun der Umstand, dass sich hier die Antastung des Grabes zur Injurie wie das Mittel zum Zweck verhält die Konkurrenz mit der actio sepulcri violati nicht ausschliessen, wenn das Mittel, die Antastung, eine wirkliche Verletzung des Grabes darstellte. Aber der das Schlagen schlechthin bezeichnende Ausdruck caedere l. 5 § 1 D. h. t. deutet nicht auf das Vorliegen einer materiellen Beschädigug hin[17]). Man denke an den Fall, dass die Statue aus Erz oder aus härterem Material bestand als die geworfenen Steine[18]).

Die Sühnung des Totenfrevels.

Die dargestellten Tatbestände begründen nun eine Jnjurienklage für den Erben auf Zahlung einer Busse an diesen. Die Auffassung des Deliktes, die dieser gewiss nicht von vornherein einleuchtenden Regelung der Aktivlegitimation zu Grunde liegt, werden wir erst dann verstehen, wenn wir uns vergegenwärtigen, welche Regelung hier der Natur der Sache entsprechen würde,

---

15) Vergl. Not. 3.

16) Im Gegensatz zu den Paul. Sent. I. 21. 8 erwähnten Fällen wirklicher Verletzung einer Statue oder des Grabes.

17) Andere vermuten den Grund der Verweigerung der actio sepulcri violati, a) darin, dass die Bildsäule nur verstümmelt, nicht vom Grabe herabgeworfen wurde, ohne dass ersichtlich wäre, warum die materielle Verstümmelung keine violatio darstellen soll. Daniel Lacombe, l. c. § 207. S. 185, b) darin, dass die Bildsäule nur lose mit dem Grabe verbunden, nicht eingemauert oder angelötet und darum kein Bestandteil des sepulcrum war. Aber posita enthält diese Beschränkung nicht. Fayout, l. c. S. 183.

18) Einen weiteren Fall der als symbolische Beschimpfung des Verstorbenen Gegenstand der Injurienklage sein könnte, enthält Petronius, Satirae 71: ceterum erit mihi curae, ut testamento caveam, ne mortuus iniuriam accipiam. praeponam enim unum ex libertis sepulcro meo custodiae causa, ne in monumentum meum populus cacatum currat.

inwieweit die positiven Vorschriften damit übereinstimmen und worauf gegebenen Falls die Abweichung des positiven Rechtes von der Natur der Sache beruht.

Die Natur der Sache aber ist hier die Natur des Totenkultes. Es gilt seine allgemein menschliche, psychologische Grundlage aufzudecken, welche es erklärlich macht, dass er trotz des Wechsels in den Vorstellungen über das Fortleben der Seele nach dem Tode und ihr Verhältnis zum Körper des Abgeschiedenen, eine menschlich universale Erscheinung ist. Mit dem Absterben des Organismus ist nicht auch unmittelbar jedes Fortleben der fremden Persönlichkeit innerhalb unserer, der Ueberlebenden, Seele abgeschnitten. Der Körper und seine Lebensäusserungen ist uns die einzige unmittelbare Erkenntnisquelle des Seins und des So- oder Andersseins der fremden Persönlichkeit. Diese Quelle freilich versiegt mit dem Tode. Wir schliessen aus dem Zustande des Körpers auf die Vernichtung der Persönlichkeit. Aber damit ist nichts gesagt über das Schicksal derjenigen Gedanken, Gefühle und Wollungen, welche wir zu Lebzeiten des Verstorbenen mit ihm fühlend vollzogen hatten. Sie bilden einen in sich geschlossenen Komplex psychischer Elemente, der selbständig in uns besteht und vom Tode des Andern nur in sofern berührt wird, als er nunmehr aus Lebensäusserungen des fremden Körpers keine Auffrischung und Ergänzung mehr erfahren kann. Hievon abgesehen aber besteht dieser Komplex, der die fremde Persönlichkeit innerhalb unserer Seele repräsentiert, in uns zunächst fort. Er kann vermöge der Erinnerung jederzeit ins Bewusstsein gerufen werden, vermag aber auch unbewusst in uns zu wirken. Ja er wird sich in der ersten Zeit unserem Bewusstsein sogar in ganz besonderem Masse aufdrängen, weil durch das aussergewönliche Ereignis des Todes das Interesse für den Verstorbenen besonders geweckt wird. Ein Beispiel hierfür stellt die namentlich den Leidtragenden häufig begegnende Urteilstäuschung dar, dass der Verstorbene noch existiere. Sie haben die Tendenz sich in ihrem ganzen psychischen und äusseren Tun so einzurichten, als könnten oder müssten sie mit der Existenz des Verblichenen rechnen. Das neue Urteil, dass die Persönlichkeit vernichtet ist, nicht mehr besteht, muss erst langsam sich im Seelenleben einbürgern und

erst, wenn dies geschehen ist, wird jene Tendenz, mit den alten Verhältnissen zu rechnen, verschwinden. Die erwähnte Urteilstäuschung ist ein Beispiel des Fortwirkens des früher vollzogenen Urteiles, dass der betreffende Mensch existiere, unter veränderten Verhältnissen. Der Totenkult beruht auf einer zweiten von jener Urteilstäuschung unabhängigen Nachwirkung der vergangenen Persönlichkeit in uns. Seine Gegenstände sind der Leichnam, das Grab und die in den Ueberlebenden bestehenden Urteile über die Beschaffenheit der Persönlichkeit des Verstorbenen. Der Leichnam und das Grab sind an sich nur Sachen und dürften schlechthin nur als solche gewertet werden. Das Urteil über den Persönlichkeitstatbestand des Verstorbenen hat gleichfalls, da es sich nicht mehr auf eine lebende Persönlichkeit bezieht, an sich keine andere Bedeutung mehr, als das Urteil eines Menschen über die Beschaffenheit einer Sache für diese besitzt. Die besondere Wertung aber, deren sich diese drei Sphären des Totenkults erfreuen, ist auf das Fortwirken der Achtung zurückzuführen, die uns für die lebendige Persönlichkeit und ihre Machtsphäre beseelt hat. Die Tendenz, der Sphäre des Anderen mit Schonung zu begegnen, sich mit Rücksicht auf sie Beschränkungen im Handeln aufzuerlegen, verschwindet mit dem Tode des Anderen nicht auf einmal aus unserem Seelenleben. Sie ist allerdings gegenstandslos geworden als Tendenz zu einem praktischen Verhalten, das der lebenden Persönlichkeit nützlich oder schädlich sein könnte, aber sie ist zunächst stärker als diese Ueberlegung. Unbekümmert um ihre praktische Nutzlosigkeit wirkt sie sich an den sachlichen Sphären aus, die zu der untergegangenen Persönlichkeit in Beziehung stehen. Sie bildet so die Grundlage der besonderen Wertung dieser Sphären von an sich nur sachlicher Bedeutung. So stellt sich uns die Achtung vor dem Toten als eine Nachwirkung der Achtung vor dem Lebenden dar. Der Totenkult ist ein Kult der Ueberreste der Persönlichkeit um dieser ihrer Eigenschaft willen. Es sind bestimmte auf keine lebende Persönlichkeit bezügliche Sphären physischer und psychischer Natur um ihrer Beziehung auf eine verstorbene Persönlichkeit willen selbständige Zwecke fördernder Handlungen und die Beeinträchtigung hintanhaltender Verbote. Der Totenkult ist Zweck für sich selbst. Er ist natürlich ein

Zweck, den lebende Menschen sich vorsetzen, aber nicht als Mittel für ihr eigenes oder anderer Wohlergehen, für die Förderung des Einzelnen oder der Gemeinschaft, sondern als durchaus selbständigen Zweck, bei dem die Frage, ob egoistisch oder altruistisch von vornherein verfehlt ist, weil sie nur dort Sinn hat, wo es sich um den Vorteil oder den Schaden Lebender handelt, während hier gänzlich unpersönliche Sphären (Ruf des Toten, Leichnam, Grab) Selbstzweck des Handelns sind.

Wenn nun das Recht dem Totenkult mit seinen Strafdrohungen zu Hilfe kommt, so ergibt sich aus der Natur des Rechtes selbst kein Grund, der Normierung des Schutzes eine andere als die entwickelte natürliche Auffassung des Totenkultes zu Grunde zu legen. Die Pietät als Rechtsgut, kann ebenso wenig irgendwie egoistisch oder altruistisch gedacht werden, wie die Pietät als Lebensgut. Man kann sie als Rechtsgut der Gemeinschaft, der Gesellschaft betrachten, weil diese sie sanktioniert, ihren Geboten verbindliche Kraft beilegt, nicht auch in dem Sinne, dass die Gemeinschaft von ihr einen Nutzen für den Einzelnen, für das Ganze oder für künftige Generationen erwartet. Das Individuum kann dem Rechtsgute der Pietät gegenüber nur durch den Gemeinschaftswillen gebunden, nicht auch irgendwie berechtigt, nur Pflicht-, nicht Rechtssubjekt sein, das Letztere nicht, weil die Gebote weder von ihm ausgehen, noch zu seinen Gunsten gegeben oder in seine Verfügungsgewalt gestellt sind. Die Gebote der Pietät verhalten sich zur Rechtssphäre des Individuums zunächst nicht anders wie die Gebote, welche die Achtung der Rechtsgüter der Anderen anbefehlen. So wenig ich Inhaber des Rechtsgutes der fremden Gesundheit, Freiheit, Ehre etc. bin, so wenig die Verletzung dieser Rechtsgüter meine eigene individuelle Rechtssphäre irgendwie berührt, so wenig gehört auch die Pietät als Rechtsgut aktiv meiner individuellen Rechtssphäre in irgend einer Weise an. Es besteht nur der Unterschied, dass die fremde Gesundheit, Freiheit, Ehre etc. eben der individuellen Sphäre eines Anderen angehören, die Pietät dagegen überhaupt keiner individuellen Sphäre.

Man darf, um die Pietät als Rechtsgut des Einzelnen zu begründen, sich auch nicht auf die Verletzung des Einzelnen in seinem Gefühle berufen. Denn die Unlust über den Totenfrevel

ist ein Gefühl der Missbilligung, das sich gleichfalls nicht blos an Handlungen knüpft, die meine eigene Rechtssphäre verletzen. Sollte die Erzeugung eines solchen Unlustgefühles genügender Anlass sein, um eine Verletzung auf meine individuelle Rechtssphäre zu beziehen, so müssten sämtliche Güter, deren Beeinträchtigung mir Unlust bereitet, meiner Sphäre beigezählt werden. Es müsste auch die Körperverletzung eines Fremden, da sie mein Mitgefühl verletzt, rechtlich auf mich bezogen werden können. Dass bei Totenfrevel eine individuelle Rechtssphäre überhaupt nicht angetastet wird, kann für die Beziehung desselben auf alle Lebenden noch keinen Grund abgeben. Aber mit der hier verwirklichten Möglichkeit, dass es Güter geben kann, die zu keines Lebenden Nutz und Frommen bestehen, rechnet man für gewöhnlich nicht. Die gewöhnliche Deduktion ist: der Tote kann nicht verletzt werden, folglich muss ein bestimmter Lebender verletzt sein. Die dritte Möglichkeit, dass hier Zustände sachlicher Natur um der Erinnerung an eine vergangene Person willen Zweck des Schutzes sind, lässt man gänzlich ausser Acht. In ihr aber gerade ruht das Wesen des Totenkultes[19]).

Damit muss aber ohne weiteres einleuchten, dass die Sühnung der Impietät durch Leistung einer der individuellen Rechtssphäre eines Lebenden anfallenden Busse der Natur des Totenkultes nicht entspricht. Denn eine solche Busse hat den Zweck, eine Verletzung der individuellen Rechtssphäre auszugleichen, den Willen, der sich gegen den Einzelnen aufgelehnt hat, vor ihm wieder zu beugen, während doch das hier verletzte Gut einem Einzelnen gar nicht gehört. Die der Natur des Totenkultes allein entsprechende Ahndungsform wäre die der öffentlichen Strafe.

Es ist daher eine Singularität, wenn das römische Recht bei diesem Delikte dem Erben eine eigene Injurienklage auf eine an ihn zu zahlende Geldbusse gibt. Doch entbindet uns diese Erkenntnis noch nicht von der Verpflichtung, den Gedankengang,

---

[19]) Eine ausführliche Darlegung der Natur des Totenfrevels mit Widerlegung ihrer üblichen utilitaristischen Auffassung werde ich alsbald in einem besonderen Aufsatze unternehmen, der auch den juristisch ähnlich liegenden Fall der Tierquälerei behandeln wird.

auf welchem die Römer zu dieser Rechtsbildung gelangt sind, aufzudecken.

Dem Interesse des Erben an der Verteidigung des Erblassers, welches die Quellen zur Begründung heranziehen[20]), würde ein eigenes Recht des Erben zum Antrag auf Bestrafung im vollen Masse gerecht werden.

Die Annahme einer direkten Verletzung der Ueberlebenden im Gefühle der Zusammengehörigkeit mit dem Verstorbenen verbietet sich aus doppeltem Grunde. Einmal hätte unter dieser Voraussetzung die Klage wohl nicht den Erben, sondern den gewiss durch solche Handlungen am schwersten betroffenen Angehörigen gegeben werden müssen. Sodann aber würde die Konstruktion einer direkten Verletzung in offenbarem Widerspruche stehen zu der Parallele, in welchen die Quellen die Injurie des Verstorbenen zur mittelbaren Injurie stellen[21]).

In dieser Parallele liegt aber zugleich der Schlüssel zum Verständnis der Singularität. Es wird eine unmittelbare Verletzung der Rechte des Verstorbenen und dadurch eine mittelbare des Erben als Inhabers der auf die Sphäre des Erblassers bezüglichen Achtungsansprüche angenommen. Zwei Momente waren hier von ausschlaggebender Bedeutung. Zunächst wies die äussere Aehnlichkeit der in Betracht kommenden Handlungen mit den persönlichen Verletzungen des Lebenden darauf hin, sie dem Injurienkreise zuzuweisen. Man sprach von einer iniuria cadaveri, funeri facta. Das naive Bewusstsein ging soweit, die Verletzung persönlich zu denken, wie aus den Wendungen si ei (sc. defuncto) fit iniuria l. 1 § 4 D. h. t., defuncti existimatio l. 1 § 6. D. h. t. hervorgeht.[22]). Das zweite Moment war die bereitliegende Gedankenform der mittelbaren Injurie. Sie half über die Schwierigkeit hinweg, die es machen musste, den Anspruch mit einer individuellen Rechtssphäre zu verknüpfen. Man suchte ihm neben

---

[20]) l. 1 § 6 D. h. t. semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare. Man vgl. hierzu Paul Sent. III. 5. 2, l. 2 C. 9. 46, l. 6 C. 6. 35.

[21]) l. 1 §§ 3. 4 D. h. t.

[22]) Für die ältere Zeit Cicero Tusc. 1. 12. Für die Auffassung auch noch der christlichen Kaiserzeit ist ausserordentlich bezeichnend Nov. Valent. III. 22. pr.

dem ja hier nur gedachten unmittelbaren Inhaber einen wirklichen, rechtlichen, wenn auch nur mittelbaren, und fand ihn bei dem bekannten Verhältnis zwischen Erben und Erblasser naturgemäss in der Person des Erben. Der Erbe selbst kann dem Anspruch, da er sein alleiniger Inhaber ist, nicht zuwiderhandeln[23]).

---

[23]) a) Mit der „Einheit der Persönlichkeit" des Erblassers und des Erben lässt sich auch hier nichts anfangen. Sie ist ein Schlagwort, das wiederum besonderer Erklärung bedürftig ist. Gegen ihre Heranziehung zur Erklärung der Injurienklage des Erben Hölder S. Z., N. F., 16, 1895. S. 256, der mit Recht sagt: „wäre der Erbe mit dem Verstorbenen rechtlich identisch, so hätte die Beschimpfung des Verstorbenen dieselbe Bedeutung, wie eine während seines Lebens ihm zugefügte iniuria. Dies trifft aber nicht zu. Die dem Lebenden zugefügte iniuria begründet eine Forderung, die durch seinen Tod erlischt." b) Wie der Erbe wird auch die Erbschaft, da sie vorläufige Inhaberin der Bussansprüche ist, zugleich als Inhaberin der Achtungsansprüche selber gedacht, so dass von einer iniuria magis hereditati facta gesprochen werden kann, l. 1 § 6. D. 47. 10. Die Erbschaft vertritt hier die Person des Erben, nicht diejenige des Erblassers. Sonst müssten ihr doch auch die bei Lebzeiten begründeten aber noch nicht angestrengten Injurienklagen des Erblassers erhalten bleiben. Hölder l. c. S. 257. c.) Zu dieser ganzen Frage noch Pernice, Labeo I. 1. Aufl. S. 364 und besonders Hölder l. c. S. 258. 266—268.

Vierter Teil.

Die Familie der Injurien.

§ 29.

Erster Abschnitt.

Die iniuria als materielle Kategorie der Delikte gegen persönliche Rechtsgüter.

Die einzelnen Injurienfälle sind untereinander gewiss sehr verschieden. Aber sie sind doch nicht dem gesamten Gebiete des Unrechts gegen den Einzelnen entnommen. Sie liegen vielmehr alle innerhalb der Grenzen eines bestimmten engeren Ausschnittes aus diesem Gesamtgebiete. Wir finden unter ihnen wohl Handlungen, welche die Verletzung einer vermögensrechtlichen Position (Besitz) enthalten. Aber bei näherem Zusehen ergab sich, dass in jedem Falle zugleich auch die Verletzung eines persönlichen Rechtsgutes vorlag und dass nicht die Verletzung der sachlichen, sondern die der persönlichen Machtsphäre den Grund der Injurienklage bildete.

Es ist daher in jedem Falle unrichtig, dass die Kategorie der iniuria dem Gesamtgebiete der Verletzung des Einzelnen im allgemeinen und daher auch insbesondere den Delikten gegen die sachliche Machtssphäre subsidiär ist. Man stützt diese Behauptung auf diejenigen Fälle, in welchen mit der die Injurienklage begründenden Personalverletzung zugleich eine Antastung der sachlichen Machtsphäre gegeben ist. Ich halte es für wesentlich, hier noch einmal zusammenfassend darzulegen, dass von einer

Subsidiarität unserer Klage gegenüber den Rechtsmitteln zum Schutze der sachlichen Machtsphäre nicht die Rede sein kann.

Es lassen sich unter den hier in Betracht kommenden Injurienfällen drei Gruppen unterscheiden.

Jeder Schein der Subsidiarität gegenüber den Sachgutsverletzungen fehlt dort, wo die Konkurrenz der Injurienklage mit einer Kontrakts- oder Delikts- oder sonstigen Klage wegen Eingriffs in die sachliche Machtssphäre von den Quellen ausdrücklich anerkannt wird. Es geschieht dies im Sinne sowohl einer kumulativen als auch einer elektiven Konkurrenz.

Kumulative Konkurrenz ist bezeugt:

1) Mit der aquilischen Klage z. B. in l. 5 § 1 D. 9. 2, l. 34 pr. D. 44. 7, l. 15 § 46 D. h. t., wo die kumulative Konkurrenz der beiden Klagen für den Fall einer durch körperliche Beschädigung erlittenen Vermögensverminderung ganz allgemein angeordnet ist,

2) mit der actio furti in l. 5 § 8 D. 14. 3,

3) mit der actio de servo corrupto insbesondere in l. 6 pr. D. 48. 5,

4) mit einer Klage auf Restitution des Vermögens, das dem zu Unrecht als Sklaven Angesprochenen entzogen war, in l. 31 C. 7. 16,

5) mit dem interdictum de vi armata Cic. pro Cael. c. 35[1]).

Elektive Konkurrenz dagegen dürfte vorliegen:

1) mit der actio depositi in l. 1 § 38 D. 16. 3,

2) mit der Klage aus dem aedilicischen Edikte (und der auf das Vierfache? *Mommsens* Digestenausgabe) in l. 27 § 28 D. 9. 2.

3) mit der besonderen utilis poenalis actio in l. 34 D. 40. 12.

Die Ahndung der persönlichen Verletzung erschien in diesen letzteren Fällen schon im Rahmen der Vertragsklage oder durch eine besondere actio poenalis möglich, das lebendige Gefühl für die völlige Eigenart der Verletzung und ihre materielle Zugehörigkeit zu den Personaldelikten aber kam in der gleichzeitigen Einbeziehung derselben in die für diese immer zuständige Kategorie der Iniuria zum Ausdruck.

---

[1]) Die kumulative Konkurrenz beschränkt sich also nicht, wie Landsberg meint und aus der Geschichte zu erklären versucht, auf die aquilische Klage wegen körperlicher Beschädigung. Landsberg, S. 62.

In einer zweiten Gruppe von Fällen ist für einen Tatbestand, der eine Verletzung der sachlichen und eine solche der persönlichen Machtsphäre enthält, an verschiedenen Orten ganz unabhängig von einander eine actio iniuriarum und eine Klage wegen Verletzung der sachlichen Machtsphäre gegeben. Die kumulative Konkurrenz ist hier nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber wegen der völligen Verschiedenheit der beiden Verletzungen und des Zieles der Klagen nach allgemeinen Grundsätzen ohne weiteres anzunehmen. So stehen neben der Injurienklage:

1) wegen Zerreissens der Kleider am Leibe und wegen Beschmutzung derselben mit Kot l. 9 pr. D. h. t. und l. 1 § 1 D. 47. 11, die aquilische Klage nach l. 27 § 18 D. 9. 2,

2) wegen des Anbringens von Pfandtafeln und der Verunreinigung eines Brunnens nach l. 20 D. h. t. und l. 1 § 1 D. 47. 11, das interdictum quod vi aut clam nach l. 22 § 2[2]) und l. 11 pr. D. 43. 24,

3) wegen Infamation durch Beschlagnahme l. 15 § 31 und l. 20 D. h. t. die Klagen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit jenes Verfahrens oder auf Restitution der bona in l. 30 D. 42. 5, l. 7 § 3 D. 42. 4, l. 58 D. 42. 1[3]),

4) die Klagen wegen Ersatz der durch die Tortur eines Sklaven verursachten Wertminderung oder Wertzerstörung, in l. 9. D. 3. 6, l. 27 § 15 D. 48. 5 und l. 6 pr. D. 48. 18.

Es ist also auch in diesen Fällen der Grund der Klage nicht der, dass eine andere Klage überhaupt nicht gegeben war und man daher auf den allgemeinen „Lückenbüsser“ hätte zurückgreifen müssen. Es fehlt an einer Klage wegen der sachlichen Verletzung nicht und die Injurienklage findet in der daneben durch dieselbe Handlung verwirklichten Personalverletzung ihren selbständigen Grund, in ihrer Ahndung den selbständigen Zweck.

Noch anders ist die Sachlage in einer dritten Gruppe von Fällen. Es handelt sich hier um die Injurien durch Behinderung in einem konkreten Handeln, l. 13 § 7 und die häusliche Belästigung durch Rauch oder Herabwerfen von Gegenständen l. 44 D. h. t. Diese Eingriffe können uns in der tatsächlichen freien

---

[2]) Stölzel, operis novi nuntiatio S. 407 f.

[3]) Ubbelohde, Interdikte V. S. 474. 475., Bethmann-Hollweg II § 106 S. 561. 562.

Verfügung über einen Gegenstand dauernd beschränken, wenn sie auf einer für die Dauer berechneten Anlage z. B. im Falle der Ausräucherung durch einen eigens zu diesem Zwecke angelegten Ofen beruhen, oder einen der Restitution fähigen Zustand schaffen z. B. das Liegenbleiben der herabgeworfenen Steine, oder unter Umständen vorgenommen sind, die eine Besorgnis der Widerholung nahelegen. Insofern dies der Fall ist, kann die Injurienklage nicht subsidiär sein, weil die negatoria, das uti possidetis und das quod vi aut clam als Schutzmittel der sachlichen Machtsphäre gegeben sind, l. 8 § 5 D. 8. 5, l. 15 § 1 D. 43. 24. Es ist freilich ebensogut möglich, dass der konkreten Störungshandlung alle erwähnten, jene Klagen begründenden Qualifikationen abgehen. Es erschien uns in diesem Falle nicht wahrscheinlich, dass die alsdann übrigbleibende Verletzung der sachlichen Sphäre, die als solche klein und unerheblich ist, bloss deswegen, weil sie zu restitutorischem Schutze ungeeignet war, nunmehr den äusserst strengen poenalen Schutz der Injurienklage geniessen sollte. Die Strenge ihrer Sanktion erschien ausser Verhältnis zur Grösse der sachlichen Verletzung. Darum durfte auch in diesen Fällen eine subsidiäre den Sachschutz ergänzende Funktion der Klage nicht angenommen werden. Wir entdeckten auch hier als Grund derselben jedesmal die Verletzung eines persönlichen Rechtsgutes.

Umfasst die Kategorie der Iniuria ausschliesslich Verletzungen persönlicher Rechtsgüter, so fragt es sich weiter, wie sie sich zum Gesamtgebiete der Delikte gegen die Person verhält.

Hier ist zunächst wichtig, dass die Iniuria als Deliktsfamilie schon quantitativ die Mehrzahl der Personalverletzungen umfasst. Ein Blick auf die einzelnen Delikte lehrt weiter, dass es gerade die allen Völkern gemeinsamen, hauptsächlichsten Personalverletzungen sind, die zur Familie gehören, Körperverletzung, Beleidigung, Hausfriedensbruch, Verletzungen der Freiheit, Delikte gegen das Geschlechtsleben der Person. Die Zahl der mit einer Privatklage verfolgbaren Personalverletzungen ist ausserhalb des Injurienkreises geradezu verschwindend[4]). Grösser ist Anzahl und

[4]) Eine Aufzählung derselben bei Haillant, Die römischen Privatstrafen 1884. S. 23—28. Von den dort aufgeführten ist unbedingt auszuscheiden die Strafklage wegen Ungehorsams gegen den rechtsprechenden Magistrat D. 2. 3.: Der

Bedeutung derjenigen persönlichen Delikte, welche als Angehörige einer der Kategorien der crimina publica oder als selbständige Vergehen unter öffentlicher Strafe stehen. Aber es wäre falsch, nun etwa diese Delikte als den eigentlichen Stamm der Personalverletzungen, die Injurienfamilie als blosses Supplement aufzufassen. Vielmehr haben sie fast alle ursprünglich der Injurienfamilie angehört und sind erst später zum Zwecke der öffentlichen Bestrafung unter eine Kategorie der crimina publica geraten oder selbständige Vergehen geworden. Eine Ausnahme bildet in dieser Beziehung wohl nur die Tötung des Freien. Sie steht schon im Anfange der uns bekannten römischen Rechtsentwickelung ausschliesslich unter öffentlicher Strafe[5]). Im übrigen ist das Hervorgehen aus der Injurienfamilie bei denjenigen persönlichen Verletzungen zweifellos, wo ein zum crimen extraordinarium erhobener Tatbestand ausdrücklich oder durch seine Behandlung bei den Injurien ihrem Kreise beigezählt wird[6]), ebenso wie in den zahlreichen Fällen, wo sich neben der öffentlichen Strafe die Privatstrafklage (in Wirklichkeit oder nur in der Ueberlieferung?[7]) erhalten hat[8]). Hier ist der materielle Zusammenhang mit der

---

Kern des Deliktes besteht hier in der Auflehnung gegen die behördliche Anordnung. Im übrigen rechtfertigt sich die Aufstellung besonderer Klagen in allen diesen Fällen teils durch die eigenartige und auf Selbständigkeit auch im Rechte hindrängende Ausprägung der persönlichen Verletzung selbst, so bei der Klage wegen gerichtlicher Vorladung des Patrons in l. 4 D. 2. 4 und bei der actio de calumnia D. 3. 6, teils dadurch, dass es sich um besondere neben die Strafe der iniuria tretende Nachteile handelt, so beim Schenkungswiderrufe l. 10 C. 8. 56 (55). Beide Gesichtspunkte treffen in den Fällen persönlicher Kränkung in einem Familien- insbesondere dem ehelichen Verhältnisse zu, l. 8 §§ 4. 7, l. 11 § 1 C. 5. 17, l. 1. 2 C. 5. 9; Nov. 117. c. 6 § 2, c. 9 §§ 4. 5, c. 14; Nov. 39 c. 2.

[5]) Mommsen, Strafrecht S. 790. Ueber die Tötung des Sklaven vgl. oben § 27 not. 8.

[6]) Bei Paulus Sent V. 4. 8. (directarii), 13 (contaminatio), 14 (Verführung), l. 15. § 30, l. 38. 39 D. h. t.

[7]) Auf die Frage der Konkurrenz zwischen der actio iniuriarum und der öffentlichen Anklage können wir hier nicht eingehen, da sie für die Frage der materiellen Abgrenzung unserer Deliktskategorie nicht von Bedeutung ist.

[8]) Man vgl. l. 1 § 6 D. h. t. mit l. 5 pr. D. 48. 6, Nov. 60 cap. 1 pr.; l. 7 § 1 und 5 D. h. t. mit l. 10 § 1 D. 48. 6 und l. 2 D. 48. 7; l. 15 pr. D. h. t. mit l. 38 § 5 D. 48. 19; l. 15 § 34 D. h. t. mit l. 4 § 1 D. 48. 7; l. 25 D. h. t. wegen des stuprum virginis immaturae mit l. 38 § 4 D. 48. 19; l. 27 § 28 D. 9. 2 mit

Kategorie überall auch äusserlich gewahrt. In einer Anzahl von Fällen tritt der materiell bestehende Zusammenhang äusserlich nicht hervor. So beim Ehebruch als Verletzung der Rechte des Ehemanns, bei der Einsperrung, bei der Entführung, bei den Vergehen gegen die lex Fabia. Aber auch hier lässt sich eine ursprüngliche Familiengemeinschaft, deren Bewusstsein sich vielleicht mit der Zeit getrübt hatte, teils beweisen, teils vermuten. Dass die Einsperrung ursprünglich allgemein eine Injurienklage begründete, glaube ich oben nachgewiesen zu haben. Beim Ehebruch spricht dafür, dass auch später noch wenigstens die vorbereitenden Handlungen zur Iniuria gehörten, Paul. Sent. V. 4. 5, bei der Anmassung des Herrenrechtes, dass eine Handlung mit ganz ähnlichem äusseren Erfolge als mittelbare Injurie des Vaters, demnach als unmittelbare gegen den Sohn aufgefasst wird, l. 1 § 5 D. h. t. Für alle diese Delikte, insbesondere auch für den Frauen- und Kinderraub sowie für die Entführung empfiehlt sich die Vermutung besonders dadurch, dass sie das Stillschweigen der Ueberlieferung darüber erklärt, wie sie vor ihrer Erhebung zu öffentlichen Verbrechen geahndet wurden[9]).

Ganz besonders interessant ist das Verhältnis der Notzucht zur Injurienfamilie. Sie gehörte in klassischer Zeit sicherlich der Kategorie der vis publica an und wird von *Marcianus* l. 3 § 4 D. 48. 6 in diesem Zusammenhang erwähnt. Mit dem Abkommen der quaestiones perpetuae konnte sich der Zusammenhang der die Kompetenz einer bestimmten quaestio begrenzenden Kategorien der öffentlichen Verbrechen überhaupt lockern. Die Absonderung der Notzucht aber musste noch besondere Förderung dadurch erhalten, dass sie unter schärfere Strafe wie die anderen Verbrechen der Kategorie, nämlich unter Todesstrafe gestellt wurde. Nachdem so die Bande, welche das Delikt in der Kategorie festhielten, gelockert und gelöst waren, konnte sich die materielle Zugehörigkeit desselben zur Injurienfamilie bei *Paulus* in der

---

l. 4 § 2 D. 48. 8. Cicero De inventione II. 20 (59. 60) pro Caec. 3 (9): ex quo genere peccati (Gewalt gegen Personen) vel iniuriarum vel capitis iudicia constituta sunt.

[9]) Mommsen, Strafrecht, S. 690 Ehebruch, 780 f. plagium, 664 Frauen- und Kinderraub, 702 Entführung zu geschlechtlichen Zwecken.

Weise geltend machen, dass er es im Titel De iniuriis behandelt, Paul. Sent. V. 4. 4.

Vergleicht man in dieser Weise die beiden Massen der innerhalb und der ausserhalb der Injurienfamilie stehenden Personalverletzungen, so kann man unter keinen Umständen zu dem Resultat kommen, dass die Familie eine den ausserhalb derselben stehenden Delikten subsidiäre Kategorie ist. Subsidiarität bedeutet eine helfende, aushelfende, ergänzende Funktion, die immer im Gegensatz gedacht ist zu einer hauptsächlichen, ursprünglichen, normalen, welcher sie zu Hilfe kommt. Psychologisch genommen haben wir bei zwei sich gegenseitig ergänzenden Funktionen die vollkommene Freiheit, eine jede zur Hauptfunktion zu erheben, die andere als Accessorium anzusehen. Soll aber diese Gedankenoperation den Verhältnissen gerecht werden, auf welche sie angewendet wird, will man also logisch verfahren, so muss man zusehen, ob nicht vielleicht ein Gleichgewicht zwischen beiden Funktionen statthatt: dann ist für die Anwendung des Gegensatzes einer primären und einer sekundären Funktion überhaupt kein Raum, oder ob Umstände vorliegen, welche schon nach der Natur der Sache von uns die Auffassung der einen Funktion als der hauptsächlichen, der anderen als der aushelfenden fordern. Wir haben nun in der Tat eine Reihe solcher Umstände aufgedeckt, welche gegen die bloss accessorische, subsidiäre Stellung der Injurienfamilie sprechen. Es waren dies: ihr quantitativer Umfang, die Bedeutung der in ihr enthaltenen Delikte und ihre fast durchgehend begründete geschichtliche Priorität gegenüber den öffentlich bestraften Personalverletzungen.

Das oben gefundene Resultat, dass die Iniuria nur Personalverletzungen umfasst, müssen wir demgemäss zu folgender These ergänzen: Die Iniuria ist die primär für alle Verletzungen der Person zuständige Kategorie. Die Delikte gegen die Person erscheinen im römischen Rechte grundsätzlich als Angehörige oder Verwandte der Injurienfamilie. Nur in wenigen Fällen hat das öffentliche Interesse an der Ahndung den Gesichtspunkt der Privatverletzung in Schatten gestellt und zu einer von Anfang der Geschichte an gegebenen (Tötung des Freien) oder erst später einsetzenden (Einsperrung etc.) Emanzipation des einzelnen Deliktes von der Familie den Grund abgegeben.

Eine wichtige Bestätigung dieses Resultates liegt darin, dass *Paulus* Coll. II. 5. 1 von der Injurie im engeren Sinne aussagt, sie sei das, was die Griechen ὕβρις nennen. Ja *Labeo* glaubte nach dem Referate des *Paulus* an derselben Stelle, die Injurie sei beim Praetor die ὕβρις schlechthin, was *Paulus* nur deswegen bekämpft, weil er übersieht, dass *Labeo* mit der „Injurie beim Praetor" eben das Delikt der Injurie meinte.

Es ist nun der Kreis der durch die γραφή ὕβρεως verfolgbaren Delikte im griechischen Rechte enger als der Umfang der iniuria. Die nicht besonders ehrenkränkende Körperletzung und die Ehrenbeleidigung fallen unter die besonderen Klagen wegen αἰκία und κακηγορία[10]). Auch in dem ihr verbleibenden Geltungsgebiete steht die γραφή ὕβρεως an Reichtum der Entwicklung und Feinheit der Ausbildung hinter der iniuria zurück. Der Ausgangspunkt für die Entwicklung war die Anwendung überlegener physischer Gewalt[11]). Im Einzelnen werden ehrenkränkende Körperverletzung, Schändung mit Gewalt (vielleicht auch durch Verführung), Freiheitsberaubung, Schlagen mit geballter Faust, das Speien ins Angesicht, das Zerreissen von Kleidern, das Bewerfen mit Kot zur Kategorie der ὕβρις gezählt[12]).

Verletzungen der sachlichen Machtssphäre finden sich jedoch in der Kategorie der ὕβρις nicht und unser Resultat, dass die Injurie nur Personalverletzungen umfasst, wird durch die Vergleichung derselben mit der ὕβρις bestätigt.

§ 30.

Zweiter Abschnitt.

Charakteristische Merkmale der Personalverletzungen. (Stand. Affectus).

Von den gemeinsamen Eigenschaften aller Delikte der Injurienfamilie, dem allgemeinen Teile der Injurienlehre, interessieren uns im Zusammenhange dieser Abhandlung nur diejenigen,

---

10) Hitzig, S. 3. 22 f.
11) Hitzig S. 38.
12) Hitzig S. 39. 41.

welche in der besonderen Natur der Personalverletzung wurzeln. Zwei Erscheinungen kommen hier in Betracht:

I) Der Einfluss der sozialen Stellung der verletzten Person auf die Schwere der Verletzung,

II) der Satz „iniuria consistit ex affectu patientis et facientis".

I.

Der Stand des Verletzten.

Die Injurien in Auflehnung gegen ein zu besonderem Respekte verpflichtendes Autoritätsverhältnis sind, um ihnen eine strengere Bestrafung zu sichern, teils unter die Staatsverbrechen oder in die Gewaltkategorie aufgenommen, teils zum Gegenstande besonderer Satzungen erhoben worden[1]).

Aber auch innerhalb des Injurienrechtes selber kommt die allgemeine soziale Stellung des Verletzten oder eine besondere Autoritätsbeziehung zwischen ihm und dem Täter in verschiedenen Sätzen zur Geltung. Es kann die Injurie mit Rücksicht auf die Person des Angegriffenen zur iniuria atrox werden. Als Beispiele sind angeführt die Verletzung eines Beamten, der Eltern, des Patrons, eines Senators durch eine niedrig stehende Person l. 7 § 8 D. h. t, Gai. III. 225. Bei der Schätzung der aus einer Handlung hervorgehenden mittelbaren und unmittelbaren Injurie soll auf die etwa vorhandene Verschiedenheit in der dignitas des Vaters und des Sohnes Rücksicht genommen werden, l. 30 § 1, l. 31 D. h. t. Die Anstrengung der dem Vater anfallenden Klage des Sohnes wegen der ihn unmittelbar treffenden Injurie wird ausnahmsweise gegen den Willen des Vaters dem Sohne gestattet, wenn der Vater auf niedriger sittlicher oder sozialer Stufe steht, so dass ihn die vielleicht geringe Verletzung nicht trifft l. 17 § 13 D. h. t. Auch haben wir bereits gesehen, ein wie sorgfältiges Eingehen auf die soziale Rangstufe des Sklaven *Ulpian* zur Ermittelung der Erheblichkeit seiner Verletzung empfiehlt l. 15 § 44 D. h. t.

---

[1]) Man vgl. die besonderen Vorschriften über die Injurien der Kinder gegen die Eltern, der Freigelassenen gegen den Patron, über diejenigen gegen Beamte oder Geistliche während der Amtshandlungen bei Rein, Röm. Strafrecht S. 382, über die Beleidigung von Gesandschaften l. 7 D. 48. 6 als crimen vis, die Subsumtion der Beleidigung des princeps und der Beamten unter das Majestätsgesetz, Mommsen S. 583.

Wir haben es hier mit einem grundsätzlichen Gegensatze zwischen dem Vermögensrecht und dem der persönlichen Rechtsgüter zu tun, der mit dem tiefgründigen Unterschiede zwischen der sachlichen uud der persönlichen Machtsphäre zusammenhängt. Der Wert einer vermögensrechtlichen Position bestimmt sich entweder objektiv nach der allgemeinen Wertung oder subjektiv nach der besonderen Vorliebe ihres Inhabers. Einer Beeinflussung durch die soziale Stellung desselben aber ist er unzugänglich. Die soziale Stellung der Person, ihre Rangstufe unter den Genossen, ist ein eminent persönliches Gut. Wenn nun ihr Wert oder Unwert sich allen persönlichen Gütern, aber nicht im gleichen Masse auch den sachlichen mitteilt, wenn der höheren Stellung eine Erhöhung der Achtungsansprüche für die körperliche Integrität, die Ehre etc. entspricht, während der Wert der vermögensrechtlichen Positionen derselbe bleibt, so zeigt sich darin eine besonders enge Verbindung zwischen den persönlichen Rechtsgütern überhaupt. Da sie dem unmittelbar erlebten Ich näher stehen, so nehmen sie auch in erhöhtem Masse Teil an seinen Eigenschaften, hier der Einheit, der Vereinheitlichung. Sie bilden eine besonders enge Einheit für sich, innerhalb welcher der Wert des einen Gutes, der Rangstufe der Person unter den Genossen, sich dem anderen mitteilen kann. In der modernen Gesetzgebung spielt die Abstufung der Achtungsansprüche der persönlichen Güter nach Massgabe der sozialen Stellung des Inhabers nur mehr eine geringe Rolle. Bei der Strafzumessung dagegen macht sie sich auch heute noch allgemein geltend und erst jüngst ist der Antrag, bei der Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft auch den ideellen Schaden zu berücksichtigen, mit dem Argumente bekämpft worden, dass die Berücksichtigung zu Ungleichheiten führen müsse, da der Wert persönlicher Güter, hier der Freiheit, je nach der sozialen Stellung des Inhabers verschieden sei[2]).

[2]) In der 83. Sitzung des deutschen Reichstages, Berlin, 5. Mai 1904 sagte der Staatssekretär im Reichsjustizamt Nieberding: „der ideelle Schade, den der Verhaftete erleidet, wird um so grösser sein, je angesehener die Stellung des Betroffenen ist. Ich empfehle den Antrag abzulehnen.“ Dies nur nach einer Zeitungsnotiz. Die Verhandlungsberichte waren mir noch nicht zugänglich.

II.

Die besondere Bedeutung des affectus für die Injurie.

Das Wort affectus bedeutet einmal die Absicht, den Willen, den ein äusseres Verhalten begleitenden inneren Zustand, namentlich dann, wenn dieser dem äusseren Verhalten gegenübergestellt werden soll[3]). In diesem allgemeinen Sinne dient es an zwei Stellen ausserhalb des Injurienrechtes nämlich l. 1 § 6 D. 43. 4 und l. 37 pr. D. 41. 3 auch zur Bezeichnung der bewussten Schuld. In einer zweiten Grundbedeutung aber drückt affectus nicht jeden inneren Zustand schlechthin, sondern eine besonders gesteigerte seelische Erregung aus. In diesem Sinne wird das Wort von den Quellen zur Bezeichnung einer besonderen Liebe, Vorliebe, Zuneigung[4]) und zur Bezeichnung der Gemütsbewegung bei Furcht[5]) verwendet.

Es fragt sich nun, welchen Sinn das Wort affectus besitzt, wenn es zur Bezeichnung des durch die Injurie in dem Verletzten hervorgerufenen Seelenzustandes verwendet wird. In seiner ersten Grundbedeutung hätte das Wort hier keinen Sinn, denn dass sich der äussere Tatbestand eines Deliktes in der Seele des Verletzten, sofern sie überhaupt Eindrücke in normaler Weise aufnimmt, spiegelt, das versteht sich von selbst und ist nichts der Injurie Eigentümliches, sondern allen Delikten gemeinsam. Nun wird aber von *Paulus* Sent. V. 4. 1 der affectus patientis als ein besonderes Merkmal der iniuria ausdrücklich hervorgehoben und *Ulpian* hält es für nötig, den bei den Vermögensdelikten selbstverständlichen Satz, dass sie auch gegen ein zu vernünftigem Handeln und Leiden noch nicht oder überhaupt nicht fähiges Subjekt begangen werden können, bei den Injurien besonders festzustellen. Es folgt daraus nicht nur, dass affectus hier im Sinne der zweiten Grundbedeutung als eine besondere Gemütserregung verstanden werden muss, sondern auch, dass diese

[3]) So D. 7. 1. 12. 4 bei Niessbrauch; 21. 1. 17. 3. und 4. beim fugitivus: 27. 5. 3 vom Vormund; 41. 2. 1. 21 und 41. 2. 3. 3 vom Besitzwillen; 42. 4. 7. 9 vom latitans; 44. 7. 55 vom Traditionswillen: 48. 16. 6. vom Abstehen von der Anklage.

[4]) D. 4. 2. 8. 3, 17. 1. 54 pr., 24. 1. 28. 2, 25. 3. 5. 14, 27. 6. 11. 3, 29. 7. 17. 33 1. 21. 4, 33. 3. 6, 34. 3. 28. 3, 35. 2. 63 pr., 38. 2. 36, 47. 10. 1. 3.

[5]) l. 3 D. 4. 6.

besondere Bewegung des Verletzten ein der Injurie spezifisches Merkmal ist.

Es bedarf nur der Erinnerung an einen im ersten Teile der Abhandlung gewonnenen Satz, um über die besondere Bedeutung des affectus bei den Injurien Klarheit zu gewinnen. Wir hatten gesehen, dass die persönliche Verletzung überhaupt eine ganz besondere und zwar gesteigerte Einwirkung auf unser Selbstgefühl ausübt. Da nun die Deliktsfamilie der iniuria ausschliesslich persönliche Verletzungen zu ihren Angehörigen zählt, so liegt die Vermutung nahe, dass die Römer eben jene besondere psychische Wirkung, nicht nur als Eigenschaft der Injurien richtig empfunden, sondern als ein besonders charakteristisches Merkmal des Injurientatbestandes aufgefasst haben. Man bezeichnete diese ganz eigenartige psychische Verletzung unter Benutzung der zweiten Grundbedeutung des Wortes als „affectus patientis, ex quo iniuria aestimatur“.

Aus dieser eigentümlichen Gestaltung des affectus patientis erklärt sich auch das eigenartige und von anderen Delikten verschiedene Bild, welches nach römischer Auffassung die Schuldseite bei den Injurien zu bieten scheint. Der affectus facientis ist das genaue Gegenbild des affectus patientis. Ein jeder muss aus eigener Erfahrung die besonders kränkende Natur der persönlichen Verletzung kennen. Wer also eine Personalverletzung begeht, tut es, mag er um der Kränkung willen oder ihrer ungeachtet handeln, jedenfalls im Bewusstsein derselben. So ist dem den regelmässigen Erfolg umfassenden Dolus hier die Vorstellung von dem besonderen Schmerze des Verletzten immanent. Er richtet sich gegen das Gefühlsleben des Angegriffenen. *Ulpian* drückt dies l. 3 pr. D. h. t. mit den Worten aus, dass derjenige, welcher eine Injurie erleiden kann, sich ihrer auch schuldig zu machen vermag. Erst die Erfahrung über die Wirkung ähnlicher eigener Verletzungen macht mich zu dem die analoge Verletzung des Fremden umspannenden Dolus fähig. Es liegt im Dolus des Täters für den Verletzten ein ganz besonders gehässiges Moment, welches wiederum nur der Schuld bei persönlichen Delikten eigentümlich und für diese im Normalfall besonders charakteristisch ist. Nicht um eine besondere Schuldart handelt es sich, sondern innerhalb der Schuldart des Dolus um eine dem eigentümlichen

Erfolge entsprechende Schattierung des ihn vorausnehmenden Vorstellungs- und Gefühlsbildes. Darum gelten für die Schuldfähigkeit beim affectus patientis in unserem Falle keine anderen Anforderungen als für den Dolus überhaupt, l. 3 § 1 D. h. t.

Die starke Hervorhebung des affectus auf beiden Seiten darf uns aber nicht darüber täuschen, dass er kein Begriffsmerkmal der Injurie als solcher ist. Dass er es in der Tat nicht ist, ergibt sich noch nicht aus der Anerkennung einer Injurie bei Kindern und Geisteskranken, etiamsi non sentiant l. 3 § 1 D. h. t., denn das kann eine durch die besonderen Verhältnisse dieser Personenklassen (vergl. Anhang) begründete Ausnahme von den Regeln des Injurienrechtes sein, wohl aber aus folgender einfachen, auf der Natur der Sache aufgebauten Erwägung. Es wird kein praktischer Richter einen Augenblick zögern, denjenigen zu verurteilen, der widerrechtlich in das Haus eines Schlafenden eindringt, ihn einsperrt oder zum Gegenstande einer gesundheitsschädlichen Behandlung macht, auch wenn der „Verletzte“ erst nach Beendigung der rechtswidrigen Behandlung oder des aus ihr entspringenden Zustandes erwachen sollte. Man darf sich nicht allgemein darauf berufen, dass das Schmerzgefühl hier dennoch, wenn auch zeitlich später, auf Mitteilung von der Verletzung eintrete. Das trifft bei der Ehrenbeleidigung zu, wo die dem Vergehen charakteristische Unlust nur die Mitteilung eines Vorstellungsinhaltes zur Voraussetzung hat, die Handlung des Zeugen also, der mir die Aeusserung mitteilt, in ihrer Wirkung auf mich faktisch keine andere ist als die des Täters. Anders liegt die Sache z. B. beim Hausfriedensbruch, wo die von mir unmittelbar erlebte Anwesenheit eines Anderen in meiner Wohnung mich in dem Bedürfnis des „Für sich Seins“ stört. Hier vermag die Mitteilung davon, dass, während ich geschlafen habe, jemand eingedrungen ist, nicht mehr dieses eigentümliche Unlustgefühl selbst, sondern nur eine Vorstellung von demselben zu erzeugen, die eine Phantasievorstellung von etwas, was ich nicht erlebt habe, aber habe erleben können, ist, wie jede andere. Ist nun aber, wie jedermann aus unmittelbarer Erfahrung weiss, die Vorstellung von einem Schmerze oder einer Gefühlsverletzung etwas ganz anderes als die Gefühlsverletzung oder der Schmerz selbst, so kann, wenn die Gefühlsverletzung der Injurie wesentlich sein

soll, ihr Tatbestand durch jene Vorstellung von einem Schmerze, den man hätte haben können, wenn man zur Zeit des Angriffs nicht geschlafen hätte, nicht erfüllt werden. Da aber in solchen Fällen wohl nicht nur wir unbedenklich strafen, sondern auch die Römer an der Erteilung der actio iniuriarum keinen Zweifel gehabt hätten, so ergibt sich, dass die wirkliche unmittelbare Gefühlsverletzung kein Begriffsmerkmal der Kategorie der persönlichen Delikte (ebensowenig wie derjenigen gegen das Vermögen, bei denen das niemals in Zweifel gezogen worden ist) sein kann. Wenn trotzdem die Römer den affectus als spezifisches Merkmal der Injurienklasse behandeln und betonen, so ist dies aus mehreren Gründen begreiflich. Zunächst ist es bei einer nicht absolut nach den strengen Grundsätzen der Abstraktion verfahrenden, sondern mehr durch die Anschaulichkeit der Handlungstypen für die äussere oder innere Erfahrung geleiteten Auffassungsweise nichts ungewöhnliches, dass sie nur den Normalfall berücksichtigt und ein bei dem der Regel entsprechenden Verlaufe die Aufmerksamkeit besonders fesselndes Merkmal als Charakteristikum wählt, ohne deshalb die selteneren und darum praktisch weniger in Betracht kommenden Fälle, wo jenes Moment nicht zutrifft, aus dem Begriffe ausschliessen zu wollen. Zu dieser allgemeinen Erwägung tritt ein besonderer, wichtiger Grund aus der Natur des hier gewählten charakteristischen Merkmales hinzu. Der den Injurien eigentümliche affectus ist zwar ein subjektives Moment, aber er hat seinen Grund in der objektiven Beschaffenheit einer bestimmten Handlungsgruppe, der Personalverletzungen, die sich durch ihn vor der Gruppe der Sachverletzungen hervortut. Jede Personalverletzung ist ihrer Natur nach auf Erzeugung des besonderen affectus patientis angelegt. Der Kreis der Personalverletzungen aber steht unabhängig von dem affectus mit dem objektiv bestimmten Kreise der persönlichen Rechtsgüter (Integrität des Körpers, Freiheit, Ehre etc.) im Gegensatz zu den sachlichen (Eigentum, Besitz, geldwerte Forderung) ein für alle Mal fest. Wo der affectus durch eine persönliche Verletzung nicht erzeugt wird, da liegt die Schuld nicht an der Beschaffenheit der Handlung, sondern an besonderen Umständen in der Person des angegriffenen Subjektes. Man kann darum auch, wenn im Einzelfalle das Moment des eigentümlichen Leides infolge solcher

besondern Umstände wegfällt, doch den Umfang der Personalverletzungen in objektiv zulänglicher Weise durch den Satz begrenzen, es seien diejenigen Handlungen, welche die persönlichen Rechtsgüter angreifen und darum nach dem objektiven Tatbestande der Handlung selbst, abgesehen von den ausnahmsweisen Bedingungen, auf welche sie in der Person des Angegriffenen stösst, jenen affectus patientis zu erzeugen geeignet sind.

Anhang.

Es ist bemerkenswert und erklärungsbedürftig, dass Kinder und Geisteskranke als Objekte der Injurien vollständig auf eine Stufe mit voll entwickelten und normalen Menschen gestellt sind. Bekannt ist, dass im Vermögensrechte die Rechtsfähigkeit des Individuums und die daraus folgende Möglichkeit einer Verletzung desselben durch jene abnormen Zustände nicht beeinträchtigt wird. Hier wird nun dasselbe Prinzip auch für das Gebiet der persönlichen Rechtsgüter aufgestellt. Das Auffallende hierbei ist nicht, dass überhaupt dem Kinde und dem Geisteskranken vermögensrechtlicher und persönlicher Schutz gewährt wird, sondern die Art, wie es geschieht. Dass diese Personen des Rechtsschutzes in vielfacher Beziehung bedürfen, liegt klar zu Tage. Da aber die dem Einzelnen zugeteilte Rechtsfähigkeit und der ihm gewährte Rechtsschutz auf den voll entwickelten und normalen Menschen zurechtgeschnitten sind, so wäre denkbar, dass der beschränkteren Interessensphäre des Kindes und des Geisteskranken eine Minderung der Rechtsfähigkeit entspräche. Es liesse sich hier eine Skala denken, welche mit der annähernd voll entwickelten und normalen Fähigkeit des älteren Kindes und des geistig leicht Gestörten beginnend, zu der dem Nullpunkt nahestehenden Stufe des Säuglings und des dauernd schwer Verblödeten herabsteigen könnte. Bei einem solchen System wäre bei jeder Handlung, welche gegen erwachsene normale Menschen gerichtet, sich als Rechts- oder Rechtsgutverletzung darstellt, besonders zu prüfen, ob die Grundlagen für die Fähigkeit zum Genusse dieses Rechtes oder Rechtsgutes in der Person des Verletzten vorhanden und damit seine Rechtsfähigkeit nach dieser Richtung anzuerkennen sei. Dass solche Erörterungen unzulässig sind, wenn es sich um die Geltendmachung eines Vermögensrechtes handelt, ist un-

zweifethaft. Für die persönliche Rechtssphäre aber werden sie durch l. 3 § 2 D. h. t. von vornherein abgeschnitten, da diese Vorschrift das Dasein und das Mass der bewussten Genussfähigkeit und des Bewusstseins der Störung für unerheblich erklärt. Diejenigen Handlungen, welche dem normalen Menschen gegenüber als Störungen persönlicher Rechtsgüter in Betracht kommen, sollen auch dem Kinde und dem Geisteskranken gegenüber unterlassen werden, auch wenn sie diese Personen nicht wie den völlig Entwickelten und Gesunden affizieren. Da ferner hier von einer Injurie gesprochen wird, die jene Personen erleiden, so ist der Schutz nicht als Folge eines Rechtes oder Rechtsgutes der Gemeinschaft mit dem Inhalt: Schonung der Kinder und Geisteskranken, dessen Reflexwirkungen diesen zugute kämen, gedacht, sondern als Ausfluss eines mit ihrer Person selbst verknüpften Rechtes. Sie sind nicht blos Destinatäre, sondern selbständige Inhaber der Rechte auf Unterlassung jener Handlungen und der Rechtsgüter, welche durch sie verletzt werden. Es ist also, wie bei den Vermögensrechten, so auch bei den persönlichen Rechtsgütern die Inhaberschaft selbst vom Dasein und dem Umfange der individuellen Genussfähigkeit unabhängig gestellt und eine grundsätzliche Gleichheit in der Rechtsfähigkeit unbekümmert um die Unterschiede in der körperlichen und geistigen Entwicklung statuiert.

Für eine Untersuchung des tieferen Grundes dieser Erscheinung ist hier der Ort nicht. Ich muss mich mit einer kurzen Andeutung begnügen. Menschliche Gestalt und Vernunft stehen in fester gegenseitiger Verbindung. Lebensäusserungen menschlicher Wesen sind uns die Erkenntnisquelle des vernünftigen Geistes, so wie wir ihn ausserhalb des Menschen nirgends in der Welt anzutreffen meinen. Der Säugling sowohl wie der völlig verblödete Mensch stehen uns unendlich hoch über der Sachenwelt, da wir bei ihnen den Keim menschlicher Vernunft, sei es in aufstrebender oder gehemmter Entwicklung, sei es in der Rückbildung, ehren und achten. Es liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Vernunft auch in diesem Wesen vorhanden und nur der Funktion nach durch Jugend oder Krankheit gehemmt sei. Die fehlende Funktion des als an sich vorhanden angenommenen Willens findet in der Richtung der Dispositionsbefugnis

über die Güter der davon betroffenen Person Ersatz in der vernünftigen Willenstätigkeit des gesetzlichen Vertreters. Das Mass unserer Pflichten gegenüber der Person des Vertretenen selbst aber bestimmt sich, soweit es sich um die grundlegenden privaten Rechtsgüter sachlicher oder persönlicher Natur handelt, nach dem Masse dessen, was wir dem normalen Menschen schulden, dessen Vernunft in der Funktion nicht gehindert ist.

§ 31.

Dritter Abschnitt.

Iniuria. Selbstgefühl und Beleidiguug.

Wir haben im Vorigen gesehen, dass die besondere Wirkung auf das Gefühl von den Römern als Eigenschaft der Personalverletzungen erkannt und praktisch bei der Ausgestaltung des Injurienrechtes verwertet worden ist. Erst damit haben wir eine feste Basis für die Interpretation der Wortbegriffe contumelia, existimatio, pudor gefunden, welche als allgemeine Bezeichnungen der Injurienhandlungen oder ihres Erfolges gebraucht werden. Wir hatten oben gesehen, dass die Worte, welche in einer allgemeinen Beziehung zum Wert oder Unwert des Menschen und den damit zusammenhängenden Handlungen und Gefühlen stehen, innerhalb dieser Beziehung ausserordentlich vieldeutig sind. Es liegt nun die Vermutung nahe, dass sie im Zusammenhang des Injurienrechtes gerade der besonderen Wirkung der Personalverletzungen auf das Selbstgefühl ihre Anwendung verdanken. Diese Vermutung müsste zur Gewissheit werden mit dem Nachweise, dass diese Worte zur Bezeichnung auch dieser besonderen Nuance des Selbstgefühls und seiner Kränkung geeignet sind. Ein solcher Nachweis würde dann die Richtigkeit unserer bisherigen Ausführungen bestätigen. Es soll nun, nachdem dieser Nachweis geführt ist, noch für die Tatsache, dass die Römer die persönlichen Verletzungen unter dem Gesichtspunkte ihrer Wirkung auf das Selbstgefühl zusammengefasst haben, eine kulturhistorische Erklärung gesucht werden. Schliesslich ist noch das Verhältnis des gewonnenen Injurienbegriffes zur Beleidigung darzulegen.

I.

Die Worte contumelia, existimatio und pudor.

Contumelia.

Wie durchaus verfehlt es wäre, den Umfang des Injurienkreises aus demjenigen des Wortbegriffes der contumelia zu bestimmen, beweist der Ausspruch von *Seneca*, De sapientia 10. 1: contumelia est minor iniuria, quam queri magis, quam exsequi possumus, quam leges quoque nulla dignam vindicta putaverunt. Hier ist ein Contumelienbegriff aufgestellt, der nach ausdrücklicher Erklärung vollständig aus dem Rechtsgebiet herausfällt und sich hauptsächlich auf gesellschaftliche Verfehlungen bezieht. Soweit daher das Wort contumelia für die Injurie im engeren Sinne technisch ist, muss sein Umfang streng auf den oben ermittelten Kreis der persönlichen Vergehen beschränkt werden. Insbesondere wird daran festzuhalten sein, dass die Beleidigung nur im Umfange der drei Normen, gegen das convicium, die infamatio und die Beschimpfung bestraft wurde und dass sich die Bestrafung aller Verstösse gegen die einem anderen im gesellschaftlichen Verkehre geschuldete Achtung, Rücksicht und Schonung, deren *Seneca* l. c. zahlreiche aufzählt, aus ihrer sprachlichen Bezeichnung mit dem Worte contumelia nicht herleiten lässt.

Es handelt sich hier nicht mehr um die Bestimmung des Wesens oder des Umfanges der Iniuria nach der Bedeutung des Wortes contumelia, sondern nur um die Feststellung des Verhältnisses zwischen der juristisch-technischen Bedeutung dieses Wortes und seinem allgemeinen Sinn überhaupt.

Contumelia hängt mit contemnare zusammen. Dieses aber bedeutet „missachten", „verachten", sowohl im Sinne des Gefühls des geringen Wertes, welches sich an die den Persönlichkeitstatbestand feststellenden und wertenden Urteile knüpft, als auch im Sinne der geringen Berücksichtigung, des schonungslosen Vorgehens im praktischen Handeln. Es ist nun gerade für uns von besonderer Bedeutung, dass der zweite Sinn des Wortes als praktische Missachtung ihm besonders eigentümlich ist, während der ersterwähnte charakteristischer durch despicere u. a. wieder gegeben wird[1]). Contumelia ist die Aeusserung oder Erzeugung

[1]) Die Lexika vom Forcellini, Georges.

der doppelten Art der Missachtung und zwar bezeichnet sie sowohl die Tätigkeit als auch den Erfolg. Nur selten wird sie gebraucht, um eine rein sachliche Verletzung[2]) oder das Zuwiderhandeln gegen eine Anordnung[3]) zu bezeichnen. Fast ausschliesslich dient das Wort zum Ausdrucke von Handlungen oder Vorgängen, bei welchem eine Person passiv beteiligt ist, mit besonderer Rücksicht auf die das Selbstgefühl kränkende demütigende Wirkung. Hierbei kommen zunächst Handlungen in Betracht, deren Wesen in der Aeusserung eines ungünstigen Urteils über den Persönlichkeitstatbestand liegt[4]). Aber es überwiegen doch diejenigen Fälle, wo die Handlung, ohne Ausdrucks- oder Erkenntnismittel für ein solches Urteil zu sein, den Betroffenen schwer demütigen, in seinem Selbstgefühle kränken muss. Ich erwähne nur drei, bei einer Durchsicht der Anwendungsfälle des Wortes bei *Cäsar* und *Cicero*[5]) besonders in die Augen springende Gruppen, die sich natürlich leicht vermehren liessen. Bei der ersten Gruppe liegt der Ton auf der Verkümmerung eines jemanden zustehenden Rechtes, auf der rechtswidrigen Zurücksetzung jemandes gegen einen Anderen[6]). Die Handlung ist hier kein Ausdruck einer geringen Meinung des Handelnden über den Betroffenen, sondern seiner Missachtung vor dem fremden wohlbegründeten Rechte, das aus Habgier zu Gunsten eines nicht oder minder Berechtigten geschädigt wird. 2.) Auch Verletzungen, die sich kämpfende Parteien zufügen, werden als contumelia des verletzten Teiles bezeichnet, weil sie immer zugleich als Zeichen der Schwäche des im einzelnen Falle unterliegenden Teiles eine Kränkung seines Selbstgefühles enthalten. Auch hier wird die Wirkung nicht durch den Ausdruck eines absprechenden Urteils des Handelnden vermittelt[7]). 3.) Besonders häufig ist der Gebrauch des Wortes für eigentlich persönliche Verletzungen in dem von uns angenommenen Sinne, ohne dass auch hier irgend welche Beziehung

---

2) Caesar Bell, Gall. 3, 13, 3, l. 38 § 1 D. 48. 5: contumelia sanguinis.

3) z. B. des Senates, Cicero in Pis. 36.

4) Sie sind so zahlreich, dass es der Anführung besonderer Beispiele nicht bedarf.

5) Nach den Lexiken von Menge und Preuss und Merguet.

6) Cicero, de leg. agr. I. 53. 54. 79, II. 61.

7) Caesar, Bell Gall. 5. 29. 4: als contumelia sind hier die Niederlage der Gallier und ihre Unterwerfung bezeichnet; 7. 10, die contumelia ist die in cap. 3. ebenda aufgeführte, dass römische Kaufleute getötet und ihr Gut geraubt wurde.

auf ein ungünstiges Urteil über die Persönlichkeit des Angegriffenen hervortritt. So wird es schlechthin gebraucht von geschlechtlichen Angriffen[8]. oder wenn dem Tubero nicht gestattet wird. seinen kranken Sohn ans Land zu setzen und Wasser einzunehmen[9].

Es gehört also das, was die Ehrenbeleidigung ausmacht, die Mitteilung eines Urteils über den Persönlichkeitstatbestand, zur contumelia nicht notwendig. Ihr ist nur wesentlich, dass auf der Seite des Betroffenen eine Herabsetzung des Selbstgefühls eine Demütigung, ein Gefühl der Schwäche und Ohnmacht hervorgerufen wird. Auch wir können von einer demütigenden Behandlung, von Schmach oder Schimpf nicht nur bei der Beleidigung, sondern auch dort reden, wo eine Handlung, ohne ein Urteil über uns zum Ausdruck zu bringen, unserem Selbstgefühl nahe geht.

Wenn nun die persönlichen Verletzungen dieses charakteristische Moment der cotumelia alle in einem besonders hohen, gesteigerten Masse enthalten, so ist es verständlich, dass dieses Wort ganz besonders geeignet war, in einem engeren auf jenen Kreis beschränkten, technischen Sinne als allgemeine Bezeichnung dieser Deliktsfamilie zu dienen.

Pudor.

An drei Stellen ist gesagt, dass die Injurie den pudor trifft: in l. 1 § 5 und l. 15 § 27 D. h. t. sowie in l. 2 C. h. t.

In l. 15 § 27 D. h. t. bezeichnet das Wort das durch ein ungünstiges Urteil über meinen Persönlichkeitstatbestand betroffene Ehrgefühl, in den beiden anderen Stellen ist es ganz allgemein mit Bezug auf alle Injurien gebraucht, in l. 1 § 5 D. h. t. unter spezieller Bezugnahme auf die dem Vater durch die Freiheitsverletzung des Sohnes treffende mittelbare Injurie.

Nun bedeutet pudor nicht bloss das Ehrgefühl im engeren Sinne, das durch die Beleidigung verletzt wird, sondern auch das Schamgefühl. Dieses aber ist als sittliches Schamgefühl die Reue über ein unsittliches Verhalten, das Unlustgefühl über den eigenen geringen sittlichen Wert, als geschlechtliches Schamgefühl, das Unlustgefühl, welches dann entsteht, wenn die Aufmerksamkeit

[8]) Cicero, Harusp. resp. 20. Livius 8. 28.

[9]) Cicero Lig. 26.

sich übermässig dem rein Sinnlichen am Menschen zuwendet, das sich im Menschen als sinnlich-sittlichem Wesen dem Sittlichen stets unterordnen soll. Im Resultate also ist das Schamgefühl ein Unlustgefühl über das Hervortreten von etwas Minderwertigem an mir[10]). Als Ehrgefühl bedeutet pudor das Gefühl der Unlust, welches mir die Vorstellung von der Minderwertigkeit meines Persönlichkeitstatbestandes verursacht[11]). Wo alle diese Unlustgefühle lebendig sind, da wird auch naturgemäss die Tendenz gegeben sein, sie zu vermeiden. Und so kommt pudor auch dann dazu die Tendenz der sittlichen Selbstbehauptung und der aus ihr entspringenden Gefühle des eigenen positiven Wertes, schliesslich die Ehre selbst zu bezeichnen[12]). In einem Falle bedeutet es in den Digesten auch die Ehrfurcht, in welcher (wenn auch nicht ausschliesslich) ein Gefühl eines im Vergleich zu dem höheren fremden, geringeren eignen Wertes steckt, l. (91) 92. D. 47. 2.

Wir können aus allen diesen Bedeutungskombinationen als Grundbedeutung des Wortes pudor ein negatives Wortgefühl überhaupt ableiten. Es ist auch nicht nötig, dass dieses Gefühl durch die Aeusserung eines fremden ungünstigen Urteils erzeugt sei. Vielmehr kann das Wort auch zur Bezeichnung der der Injurie eigentümlichen Verletzung des Selbstgefühls gebraucht werden, da es sich hier um das Gefühl des geringen eigenen Wertes, den ich für den andern besitze, um meine Demütigung durch die Verletzung, handelt.

Existimatio.

Das Wort existimatio wird zur Bezeichnung des Objektes der Injurien an drei Stellen gebraucht: in l. 1 §§ 4. 6. D. h. t. und l. 2 C. h. t.

Das Wort erscheint ausserhalb dieser Stellen hauptsächlich in drei Bedeutungen[13]): als Meinung überhaupt, als gute Meinung von Jemanden, als auf dem Wohlverhalten und der ihm entsprechenden guten Meinung von einem Menschen beruhende bürgerliche Vollberechtigung. Es kann jedoch in keiner dieser drei Bedeutungen das Objekt der Injurie bezeichnen. Für die

---

10) Lipps, Die ethischen Grundfragen S. 193 f.
11) D. 49. 14. 45. 2, 49. 16. 6. 7.
12) D. 2. 4. 10. 12 3. 2. 20, 3. 3. 25, 17. 1. 48 pr., 42. 5. 28.
13) Walter l. c. S. 115 f.

Meinung überhaupt ist dies selbstverständlich. Die zweite Bedeutung als gute Meinung ist zu eng, weil gerade in l. 1 § 6. die Injurien gegen den Leichnam und die Beerdigung des Toten, von denen gegen die Fama desselben, welche in l. 1 § 4 D. h. t. erwähnt sind, getrennt als Veletzungen der existimatio bezeichnet werden. Endlich wird die dritte Bedeutung ausser aus den schon oben bei der Widerlegung *Walters* angeführten Gründen jetzt auch noch darum verworfen werden müssen, weil wir gesehen haben, dass die Injurien sich nicht unterschiedslos gegen die gesamte Rechtssphäre, sondern nur gegen persönliche Güter richten.

Wir dürfen aber nicht vergessen, dass wir uns bei allen Worten, die in ihrer Grundbedeutung zur Bezeichnung psychisch elementarer Erscheinungen dienen und deshalb in unzähligen Kombinationen vorkommen können, deren jeder ein verschiedener Sinn des Wortes entsprechen kann, dort, wo es sich um die Feststellung der Bedeutung des Wortes im Einzelfall handelt, nicht auf die Wahl zwischen den verschiedenen Bedeutungen, die es in anderen Kombinationen besitzt, beschränken dürfen, sondern die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, dass im vorliegenden Falle, der Eigenart der neuen Kombinationen entsprechend, eine sonst nirgends gegebene Abwandlung der Grundbedeutung zutrifft.

In l. 1 § 6 D. h. t. ist unter existimatio nichts anderes zu verstehen als die Summe der Achtungsansprüche, als deren Inhaber die naive Ausdrucksweise den Toten bezeichnet. Da wir gesehen haben, dass diese Achtungsansprüche nichts weiter sind, als eine Nachwirkung der Ansprüche, die der Lebende auf Achtung seiner persönlichen Güter erhebt, so dürfen wir unter existimatio als Objekt der Injurie auch nicht mehr als die Einheit der persönlichen Rechtsgüter des einzelnen Lebenden verstehen. Die Grundbedeutung, welche der Anwendung des Wortes hier unterliegt, ist die allgemeinste des Wertes der Person, nur dass dieser Wert in den sonstigen Anwendungsfällen des Wortes nach seiner Wirkung auf das Erkennen, die Meinung des Mitmenschen, hier dagegen in seiner Wirkung auf ihr praktisches Verhalten in Betracht kommt.

II.

Das gekränkte Selbstwertgefühl.

Wir hatten im ersten Teile die besonders enge Verbindung zwischen den persönlichen Gütern und dem Selbstgefühle als eine in der menschlichen Natur überhaupt begründete, also allgemein menschliche Erscheinung darzulegen versucht. Wenn aber im römischen Rechte die besondere Kränkung des Selbstgefühls durch Verletzung persönlicher Güter nicht nur für die Gesamtbezeichnung des Injurienrechtes massgebend war, sondern auch für seine juristische Ausgestaltung im Einzelnen (affectus, Stand) praktisch verwertet wurde, so spricht dies dafür, dass jene enge Verbindung der persönlichen Güter mit dem Ich in der gesamten Lebensauffassung der Römer Bedingungen vorfand, die ihrer besonders scharfen Anerkennung und Ausprägung im Rechte günstig waren. In der Tat stellt sich die Zusammenfassung der Injurienkategorie unter dem Gedanken der Demütigung, Erniedrigung (contumelia, laesio existimationis oder pudoris) als die Kehrseite einer wiederum allgemein menschlichen und natürlichen, jedoch, wie in neuester Zeit nachgewiesen wurde[14]), der Antike in besonderem Masse eigenen Lebens- und Wertauffassung dar.

Dem Altertum steht die Wertung des Menschen nach Massgabe der Kraft und des Reichtums der Persönlichkeit im Vordergrunde des Bewusstseins. Die freie starke mannigfaltige Betätigung meiner Anlagen und Kräfte ist es, die mich wertvoll macht. Schwäche, Eingeengtheit, Armut begründen Unwert. Die Bedingungen des Wertes oder Unwertes einer Person liegen nach dieser Auffassung nicht ausschliesslich in ihr selbst, sondern auch in der Gunst oder Ungunst äusserer Umstände, in der Gesundheit, der Ehre, der Anerkennung seitens Anderer, dem Umfange der persönlichen und sachlichen Herrschaftssphäre. Der ungetrübte Besitz und die freie ungehemmte Verfügung über diese äusseren Güter gibt mir Gelegenheit mich frei zu entfalten und die in mir ruhenden Anlagen zur Geltung zu bringen, ihre Beeinträchtigung oder Schädigung dagegen hemmt mein „Freies sich Ausleben“, schwächt und beengt mich und mindert damit den in der starken, freien Entfaltung gründenden Wert. Nun sind die Rechtsgüter

---

[14]) Nietzsche, Genealogie der Moral.

nichts anderes als die wichtigsten positiven und negativen Bedingungen meines freien sich Auslebens, deren Besitz die Voraussetzung jeder Entfaltung des Individuums ist, deren Verletzung die Persönlichkeit in ihrer Betätigung hemmt und stört. Das mit dem Gefühl dieser Hemmung, Störung, Schwäche verbundene Bewusstsein des Unwertes ist der Sinn der Erniedrigung, Demütigung, Verkleinerung, mit welcher die Verletzung eines Rechtsgutes in meiner Seele reflektiert. Das alles trifft natürlich auch auf die Verletzung der sachlichen Machtsphäre zu. Und es mag die liberale Gewährung der Privatstrafe bei Sachgutsverletzungen im römischen Rechte mit auf jene Lebensauffassung zurückzuführen sein. Wenn sie aber dort weniger zur Geltung kam und nur bei den persönlichen Rechtsgütern direkte und ausdrückliche Verwirklichung fand, so liegt dies eben wieder an der engeren Verbindung der persönlichen Güter mit dem Menschen als Gegenstand der Wertung selbst.

Waren Stolz und Ehrgeiz die Motive der antiken Welt, so sind Demut und Entsagung diejenigen der christlichen[15]). Not ist ein Gut, die Armen (im Geiste) sind seelig, die Verschmähung der Welt und ihrer Güter ist Tugend. Die Verachtung aller Güter, die oder soweit sie nicht meinem Innern selbst entstammen, ist der Grundzug der christlichen Lebensauffassung und Wertungsweise, die, wenn auch abgeschwächt, noch heute die herrschende ist. Ist aber der Besitz der äusseren d. h. von der Beschaffenheit der Dinge und dem Verhalten Anderer abhängigen Güter ohne Bedeutung für meinen Wert, so werde ich mich natürlich auch in ihrer Beeinträchtigung erniedrigt oder gedemütigt zu fühlen keinen Anlass haben. Unter dem Einfluss solcher Ideen musste sich natürlich das Verständnis für die allgemeine, das Selbstgefühl kränkende Wirkung der Verletzung des Einzelnen trüben. Man verlor so den Schlüssel für die Erklärung des gerade bei den Injurien hervortretenden Zusammenhanges zwischen Verletzung und Selbstgefühl und die Folge war, dass die unter dem Banne der herrschenden Anschauungen und Wertungen stehende Jurisprudenz das Wort contumelia und die Injurienkategorie demjenigen Vergehen anzunähern suchte, bei welchem allein von einer Verletzung des Selbst- oder Ehrgefühls auch heute noch die Rede ist.

---

15) Keim. Rom und das Christentum. 1881, S. 328 f. 333.

III.

Iniuria und Beleidigung.

Das positive Resultat unserer bisherigen Ermittelungen über das Wesen der Iniuria lässt sich kurz in den zwei Sätzen zusammenfassen:

1) Dass die Injurienfamilie die primäre Kategorie der Delikte gegen persönliche Rechtsgüter ist,

2) dass die Römer die regelmässige besondere Einwirkung der Personalverletzungen auf das Selbstgefühl besonders stark empfunden und als charakteristisches Merkmal der Injurienfamilie hervorgehoben habe.

In welchem Verhältnis steht nun die in dieser Weise charakterisierte Kategorie der Injurien zum Delikte der Beleidigung im Sinne der Ehrverletzung?

Die Antwort gestaltet sich nach unseren obigen Ausführungen sehr einfach: es ist die Iniuria die Gattung der Personalverletzungen überhaupt, die Beleidigung die ihr untergeordnete Art, welche die Verletzung des besonderen persönlichen Rechtsgutes der Ehre umfasst.

Dieses Verhältnis zwischen der Kategorie der persönlichen Delikte überhaupt und der Ehrverletzung wird für das heutige Recht kaum bestritten. Was aber heute als einzig der Natur der Dinge entsprechend in allen wissenschaftlichen Systemen anerkannt ist, das wollte man für das römische Recht nicht wahr haben. Hier sollte die Ehrenbeleidigung oder jedenfalls etwas ihr in den allgemeinen Zügen Analoges den Gattungsbegriff der persönlichen Verletzungen überhaupt bilden, die Ehre oder eine besondere römische Art derselben Objekt aller unter die Deliktskategorie der Iniuria fallenden Vergehen sein. Fast alle das römische und das heutige Recht vergleichenden Ausführungen setzen als vergleichbare Objekte auf der einen Seite unsere Ehrenbeleidigung, auf der anderen die iniuria schlechthin ein, während doch die erstere nur mit den Normen gegen das convicium und die infamatio, die letztere nur mit der Gesamtheit unserer persönlichen Delikte verglichen werden darf. Die Schuld lag an der mangelnden Einsicht in die Mannigfaltigkeit der Arten des Selbst- und Ehrgefühls und ihrer Kränkung überhaupt und

im fehleuden Verständnis für die besondere Gefühlswirkung der zur Injurienkategorie zusammengeschlossenen Personalverletzungen. Die deutschen Aequivalente der contumelia, der laesio existimationis, pudoris, die Kundgebung der Missachtung, Kränkung der Ehre, des Selbstgefühls dienen im heutigen Rechte hauptsächlich zur Bezeichnung und Umschreibung der Ehrenbeleidigung. Ohne den ursprünglichen Sinn der Worte und die mannigfachen Möglichkeiten ihrer Bedeutung in Betracht zu ziehen und zu prüfen, schob man ihnen oder vielmehr ihren lateinischen Aequivalenten dort, wo sie zur Umschreibung der Injurienfamilie dienen, einen ihrer Anwendung bei der Ehrenbeleidigung analogen Sinn unter. Die unlösbare Schwierigkeit, die Injurienfamilie als ein einheitliches Delikt nach einer, wenn auch sehr allgemeinen Analogie der Ehrenbeleidigung als Kundgabe eines Urteils über den Persönlichkeitstatbestand des Verletzten zu konstruieren, war eine selbstgeschaffene.

§ 32.

Vierter Abschnitt.

Das rechtsschöpferische Prinzip der Iniuria.

Ueber den einzelnen von uns entwickelten Rechtssätzen des Injurienrechtes steht die Verheissung des Praetors im generellen Edikte, er werde, wenn eine iniuria begangen sein sollte, die Klage gewähren.

In welchem Verhältnis nun steht diese allgemeine Verheissung zu den einzelnen Injuriendelikten?

Hier sind an sich zwei Möglichkeiten gegeben: sie verhält sich zu ihnen entweder wie die lex generalis zu den leges speciales oder auch es liegt in der Verheissung nur ein rechtsschöpferisches Prinzip, als dessen positive Emanationen sich die einzelnen Injuriendelikte darstellen.

Eine lex generalis muss eine lex, d. h. ein Satz des positiven Rechtes sein. Unter einem positiven Rechtssatz aber versteht man eine bestimmte die Willkür ausschliessende oder beschränkende Regel. Nun ist die Verheissung des Praetors, er werde, wenn eine Injurie begangen worden sei, eine actio iniuriarum erteilen, hinreichend bestimmt, sofern er ein bestimmtes Verfahren und

eine bestimmte Sanktion festsetzt. Dagegen ist sie hinsichtlich der Tatbestände selber, an welche sich Verfahren und Sanktion anknüpfen sollen, völlig unbestimmt. Wir wissen nur, dass es sich um Verletzungen der Person, nicht um solche des Vermögens handeln muss. Welche Tatbestände aber innerhalb dieses Kreises für die Erzeugung der Klage erheblich sind und welche nicht, das können wir der allgemeinen Verheissung nicht entnehmen.

Die Worte iniuria, laesio existimationis oder pudoris, contumelia und ihre Umschreibungen als Verletzung der Rechtsfähigkeit, des Affektionsinteresses oder psychischen Gleichgewichtes, Behandlung des Anderen als nicht rechtsgleich, sind sich in dieser Unbestimmtheit völlig gleich. Will der Praetor seine Verheissung im einzelnen Falle erfüllen, so wird er vor allem in rechtspolitische Erwägungen über die allgemeine Erheblichkeit des ihm vom Kläger vorgetragenen Tatbestandes eintreten müssen und dann erst nach der Verwirklichung der Merkmale des an sich für erheblich erklärten abstrakten Tatbestandes im konkreten Falle fragen können. Dieses Tätigwerden in Erfüllung der Verheissung ist im ersten Akte der rechtspolitischen Erwägung: Rechtsschöpfung, und erst im zweiten: Rechtsanwendung. Es enthält also das edictum generale keinen wenn auch noch so allgemeinen materiellen Satz, der zu unmittelbarer Rechtsanwendung geeignet wäre. Immer muss noch ein Akt der Rechtsschöpfung zwischen das Edikt und seine Anwendung im einzelnen Falle treten. Die Verheissung des Praetors ist darum keine lex generalis, sondern rechtsschöpferisches Prinzip.

Die Quelle, aus welcher der Praetor das materielle Recht der iniuria schöpfte und dem Richter zu schöpfen befahl, war das aequum et bonum (l. 17 § 2. l. 11 § 1. l. 18 pr. D. h. t., l. 34 pr. D. 44. 7) „als rein reales und positiv wirkendes Prinzip für das Organ der Rechtsbildung selbst"[1]).

Die Verkennung der rechtsschöpferischen Natur der Verheissung des Praetors und ihre Auffassung als lex generalis lag allen Versuchen zu Grunde, die Iniuria als ein einheitliches Delikt mit einem allgemeinen Tatbestande und vielen Abzweigungen desselben zu konstruieren. An der Trübung der Erkenntnis der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Praetors wiederum trug in erheblichem

[1]) Voigt, Jus naturale I. § 73. S. 377. und § 76. S. 386.

Masse der Einfluss der modernen Idee einer scharfen Trennung der Gewalten auf die Interpretation des römischen Rechtsstoffes die Schuld. Man suchte die Einheit der Kategorie nicht in dem der freien schöpferischen Tätigkeit des Praetors zu Grunde liegenden allgemeinen legislatorischen Prinzip, für das man bei dem Ausschluss des deutschen Richters von jeder Rechtsschöpfung und seiner Beschränkung auf Anwendung des jede Willkür möglichst ausschliessenden Gesetzes kein Verständnis hatte, sondern in einem, wenn auch möglichst allgemein gefassten, so doch einen anscheinend bestimmten positiven Tatbestand besitzenden Deliktsbegriffe, der der direkten Anwendung fähig war[2].

---

[2]) Auch das Persönlichkeitsrecht und der allgemeine Deliktsbegriff von denen neuerdings häufig gesprochen wird, sind nicht positive Rechtsbildungen, sondern rechtsschöpferische Prinzipien. Die gegenteilige Behauptung verdankt ihre Existenz wohl mehr dem Verlangen, ihnen gegen das herrschende Prinzip der scharfen Trennung der gesetzgeberischen und der richterlichen Gewalt Geltung zu verschaffen, als der Erkenntnis ihrer wirklichen Natur.



Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn. Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Prof. Dr. **von Lilienthal,** Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg. Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker;** Würzburg. Professor Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 63.

Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit.

Von

Dr. jur. Theodor Fabian.

BRESLAU 1905.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit.

Von
Dr. jur. Theodor Fabian.

BRESLAU 1905.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von **Professor Dr. Kohlrausch, Königsberg.**

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Inhalts-Verzeichnis.

Zweiter Teil.

Literaturverzeichnis.

Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen. Hannover 1859.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I. Leipzig 1885; in Bindings Handbuch der deutsch. Rechtswissenschaft VII, 1. I.

v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts zum Strafgesetzbuche. Leipzig 1894. S. 187 ff. In „der Gerichtssaal", Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß (cit. G.-S.):

— Zur Lehre vom Versuche 1867. S. 60 ff.

— Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt. 1868. S. 325 ff.

— Versuch und Kausalität. 1880. S. 321 ff.

— Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. 1888. S. 503 ff. G. A. Bd. 32.

Cohn, Die den untauglichen Versuch betreffende Plenarentsch. des R.-G. im „Archiv für Strafrecht" Herausgeg. v. Goltdammer (Goltdammers Archiv, cit.: G. A.) Bd. 28 S. 361 ff.

— Juristische Wochenschrift. Jahrg. XXXII. 1903.

Delaquis, Der untaugliche Versuch. In den Abhandlungen des krim. Seminars an der Universität Berlin. Herausgeg. von F. v. Liszt. Neue Folge. Bd. III. Berlin 1904.

Eisenmann, Die Grenze des strafbaren Versuchs. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswiss. (cit. „Z.") Bd. 13 S. 454 ff.

Entscheid. d. R.-G. in Strafsachen; Bd. I S. 439 ff. S. 451 ff. VIII S. 198 ff. XVII S. 158 ff. XXXIV S. 217 ff. und in G A. 40 S. 138 ff.

Feuerbach, Lehrbuch des Peinlichen Rechts. Herausgeg. v. Mittermaier. 14. Aufl. Giessen 1847.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3.—4. Aufl. Leipzig 1903.

Geyer, G. S. 1866 und in der Zeitschrift für exakte Philosophie. Bd. II.

Haeberlin, Ueber Rechtswahn und Wahnverbrechen. G. A. Bd. XIII. 1865 S. 233 ff.

Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch. G. A. Bd. 36 S. 33 ff.
— Zu Prof. Zuckers Aufsatz: „Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuche". G. A. Bd. 37. S. 130 ff.

Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1857.

Hertz, Ueber den Versuch mit untaugl. Mitteln. Hamburg 1874.

Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. (Strafr. Abhandl. Herausgeg. von Bennecke Heft 14) Breslau 1898.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht I. Mannheim 1890.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I. Teil. Berlin 1903.

Kohn, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit. (Strafr. Abh. Herausgeg. von Beling. Heft 53). Breslau 1904.

Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch (St. A. von Beling. Heft 51). Breslau 1904.

v. Kries, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. III. Ueber den Begriff der Gefahr. In: Vierteljahrsschrift für wiss. Philosophie. XII, 2 1888 S. 287 ff.

Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches. Wien 1879.

Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Tatbestand. Diss. Berlin 1901.

F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12.—13. Aufl. Berlin 1903.

v. Liszt-Wien, Zur Lehre vom Versuch. Z. Bd. 25 S. 24 ff.

Mayer, Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch in: D. Jur.-Zeit. Bd. 7 S. 330 ff.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer, Der Anfang der Ausführung. Aus d. Festschr. für Berner. Tübingen 1892.

Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. In neues Arch. des Kriminalr. Bd I S. 163 ff. Halle 1816.

Mitteilungen der internat. Kriminal-Vereinigung (I. K. V.) Bd. 9 S. 108 ff.

Motive zum St.-G.-B. in d. Stenogr. Bericht. d. Reichstags d. Nordd. Bundes. I Leg. Per. Session 1870.

Oetker, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht 1876.

Olshausen, Kommentar zum St.-G.-B. für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1897.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. Leipzig 1888.

Stenglein, Die letzte Reichsgerichtsentsch. über den untauglichen Versuch. D. Jur.-Zeit. Bd. VII. S. 332 ff.

Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. I. Teil. Göttingen 1836.

Rechtsquellen-Verzeichnis.

Einleitung.

Unter den großen Streitfragen der Strafrechtswissenschaft nimmt die Kontroverse über den „untauglichen Versuch“ eine hervorragende Stellung ein. Seit fast hundert Jahren mühen sich Theorie und Praxis, das Gebiet der Fälle von strafwürdigen Verbrechensversuchen, das sich rings um den Kreis vollendeter Delikte hinzieht, gegen die dem Staatsbürger unverbotenen oder gar gebotenen Handlungen abzugrenzen.

Während man aber beschäftigt war, die Fälle des Verbrechenversuches selbst in Kategorien begrifflich zu zerlegen und mit deren Hilfe die Scheidewand zwischen Strafbarem und Straflosem bald nahe, bald fern von den vollendeten Taten aufzurichten; da ward auch ein Teil von der Seite der legalen Handlungen (um gewisser äußerlicher Beziehungen zum Deliktversuche willen) in jene Zweifel verstrickt: nämlich die Gruppe der Putativdelikte.

Da nun an der Straflosigkeit eines Putativdelikts (im strengsten Sinne des Wortes) nie ernstlich gezweifelt worden ist, und da die Aehnlichkeit dieser Erscheinung mit einzelnen Kategorien des untauglichen Versuches bedeutungsvoll erschien, so ist häufig eine Wesensgleichheit dieser Kategorien mit dem Putativdelikt behauptet worden, um hieraus für erstere auch Straflosigkeit folgern zu dürfen. Die notwendige Folge dieses Hineinziehens des Begriffs „Putativdelikt“ in den Kontroversenstrudel des „untauglichen Versuchs“ war nicht die erhoffte Klärung, sondern eine grenzenlose Verwirrung beider Begriffe; denn nun wurde das Putativdelikt bald mit dem sog. „Mangel am Tatbestand“[1])

[1]) Olshausen: Komm. § 59 Nr. 25. Frank: Komm. S. 107 u. a.

bald mit dem Versuche am „untauglichen Objekt“[1]), bald auch mit dem „untauglichen Versuch“ überhaupt[2]) identifiziert.

Eine sichere Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Putativdelikt ist damit aber zu einer Voraussetzung endgültiger Beilegung der Versuchskontroverse[3]) geworden.

Im folgenden soll es unternommen werden, diese Grenze zu ziehen. Dazu sind wir genötigt, zwecks Präzisierung der beiden Begriffe, im Theorienstreite Stellung zu nehmen und hierdurch die Grundlage zu schaffen, auf der dann eine Gegenüberstellung der gewonnenen Ergebnisse die unterscheidenden Merkmale deutlich zeigen wird.

In einem zweiten Teile dieser Arbeit soll der praktische Wert der begrifflichen Einteilung dadurch erprobt werden, dass die Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Vergleich mit der zu fordernden Straflosigkeit des Putativdelikts einer Erörterung unterzogen wird.

---

[1]) Berner: Lehrb. § 50 S. 92; Oetker: Rechtsirrtum. S. 26.
[2]) Heffter: Lehrb. S. 37; Merkel: Lehrb. S. 130; Geyer, u. A.
[3]) Ebenso Binding: Handbuch I § 145. S. 691.

Erster Teil.

Die Abgrenzung der Begriffe.

Erster Abschnitt.

Der Begriff „untauglicher Versuch".

Erstes Kapitel.

Die objektiven Theorien.

Bis zum Beginne des vorigen Jahrhunderts begnügten sich die Gerichte damit, die Strafbarkeit oder Straflosigkeit des untauglichen Versuchs ohne prinzipielle Unterlage einfach nach den Umständen des einzelnen Falls auszusprechen.

Der Erste, der für die Beurteilung solcher Verbrechensversuche feste Grundsätze aufstellte, war *Feuerbach*. Er machte diese Frage damit wissenschaftlicher Behandlung erst zugänglich, entfachte aber zugleich den Streit der Meinungen. *Feuerbach* hat seine Theorie in folgende These gekleidet: „Eine auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete äußere Handlung ist für sich selbst schon Uebertretung und wird bestraft: . . . . wenn die Handlung selbst, nach ihrer äußeren Beschaffenheit (mittelbar oder unmittelbar, wenig oder viel) mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursächlichem Zusammenhange steht — objektiv gefährlich ist."[1] *Feuerbach* stellte die objektive Gefährlichkeit dem ursächlichen Zusammenhange gleich. Daraus darf man schließen, daß er zur Strafbarkeit des Versuchs nicht

[1]) **Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts (Herausgeg. v. Mittermaier) 14. Aufl. § 42.**

— wie ihm vielfach vorgeworfen wurde — einen Kausalzusammenhang in concreto, sondern einen solchen in abstracto, d. h. einen sog. „potentiellen Kausalzusammenhang" forderte. Indem *Feuerbach* so das objektive Geschehen, die Handlung, die Nähe zum Erfolg zur Grundlage seiner Betrachtung machte, indem er die Tatseite an der Handlung und nicht die Willensseite betonte, schuf er die Theorie, die sich als die „objektive" lange in herrschender Stellung erhalten hat.

Es folgte schnell eine Erweiterung dieser Lehre mit stärkerer Betonung des objektiven Moments. Dazu stützte man sich auf den Wortlaut von Art. 178 der P.-G.-O. (scheinliche Werke, die zur Vollbringung dienstlich sein mögen) und Art. 2 code pénal („toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution) und behauptete, dass „Anfang der Ausführung" nur dann vorliege, wenn die Handlung in concreto geeignet sei. zur Vollendung zu führen; denn was man nicht ausführen könne, das könne man auch nicht anfangen auszuführen.[1]) Da nun das R.-St.-G.-B. in § 43 die Versuchsdefinition fast wörtlich aus dem code pénal entlehnt hat, so ist auch diese lediglich auf die lex lata gegründete Theorie aus dem allgemeinen Kampf noch nicht gewichen.

Während *Feuerbach* sich also mit einer objektiven Gefahr, einem Kausalzusammenhang in abstracto begnügte, wird hier ein Kausalzusammenhang in concreto zum Begriff des Versuchs erfordert.

Auf diesen beiden Theorien fußend, begann *Mittermaier* die streitigen Fälle des Versuchs nach objektiven Merkmalen zu klassifizieren. Er teilte die Fälle nach untauglichen Mitteln und untauglichem Objekt ein und unterschied bei ersteren wieder eine „relative" und eine „absolute" Untauglichkeit. Ein absolut untaugliches Mittel soll hiernach angewendet sein, wenn dieses „von vornherein" zur Vollendung des geplanten Verbrechens ungeeignet sei (Mordversuch mit ungeladener Pistole); ein „relativ untaugliches Mittel" dagegen, wenn dasselbe „an und für sich" für den angestrebten Erfolg als geeignet gelten könne, trotzdem es sich in concreto, d. h. in einer bestimmten Anwendungsart als untauglich bewiesen habe (Mordversuch mit einer im Augenblick

[1]) Berner: § 77 S. 144.

des Abdrückens platzenden Pistole). Bald wurde von Anhängern *Mittermaiers* diese Unterscheidung nach relativer und absoluter Untauglichkeit auch auf das Objekt bezogen.[1]) Das Schulbeispiel für den Versuch am absolut untauglichen Objekt ist der Mordversuch an einem bereits Verstorbenen, und für den Versuch am relativ untauglichen Objekt der Mordversuch an einem durch ein Panzerhemd gegen den Dolchstich geschützten lebenden Menschen.

„Versuch" im juristisch-technischen Sinne liege nur vor bei höchstens relativer Untauglichkeit von Mittel und Objekt. Dagegen sei der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekt in jedem Falle straflos zu lassen. —

Wir können uns keiner dieser objektiven Theorien, deren Hauptvertreter wir eben gehört haben, anschließen. Abgesehen davon, daß uns ihre einseitige Betonung der Tatseite verfehlt erscheint, finden wir die äußeren Unterscheidungsmerkmale für strafbare und straflose Versuchsfälle, die dort aufgestellt werden, teils logisch unhaltbar, teils auch um ihrer geringen Klarheit und Schärfe willen unpraktisch. Wir werden versuchen, dieses Urteil jetzt näher zu begründen.

Einwände gegen die objektiven Theorien.

I. Der „Anfang der Ausführung".

Zuerst möchten wir für Vergangenheit und Gegenwart der Ansicht entgegentreten, die von einer wörtlichen Interpretation des Gesetzes die Lösung der Streitfrage erwartet.

Es wird da vor allem dienlich sein, bei dem Gesetzgeber selbst anzufragen, ob er durch § 43 St.-G.-B. überhaupt die Streitfrage hat entscheiden wollen. Die Motive verneinen dies ausdrücklich: „. . . so musste die in mehreren St.-G.-Büchern unternommene Regelung der Streitfrage, ob und inwieweit der Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objekten strafbar sei, unterbleiben. Denn weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft ist man darüber bereits zu einem Abschluß gelangt, und es erschien um so weniger geraten, diese Kontroverse hier regeln zu wollen, da sogar noch die Vorfrage, was überhaupt unter Tauglichkeit und Untauglichkeit von Mitteln oder Gegen-

[1]) Berner: § 77 S. 144 u. 145; ebenso Merkel: Die ursprüngliche Einteilung Mittermaiers hat neuerdings Langenbach vertreten.

ständen zu verstehen sei, streitig ist".[1]) Da aber den Motiven gegenüber dem Gesetzestext nicht unbedingt Beweiskraft zukommt, so wollen wir auch den Wortlaut selbst prüfen. Es fragt sich, ob das Gesetz (§ 43) mit den Worten: „Anfang der Ausführung" fordern muß, daß jeder Versuch zur Strafbarkeit eine gewisse objektive Beschaffenheit habe, und zwar die: Daß die Ausführung in dem Bereich der Möglichkeit liege. Wir meinen, daß selbst wenn man von den schweren Bedenken, die gegen die Möglichkeit der Ausführung beim Versuche sprechen, und die demnächst zur Erörterung kommen, einmal ganz absieht, dann doch schon eine rein sprachliche Erwägung zur Abwehr jener Unterstellung führen muß. Man kann nämlich sehr wohl sagen, „man beginne etwas auszuführen", wenn die Ausführung selbst auch im Bereich der Unmöglichkeit liegt. Oder sollte man nicht sagen dürfen, jemand beginnt den Bau eines Hauses auszuführen, wenn er es auch so ungeschickt anfängt, daß es bei der Hälfte zusammenstürzt?[2]) So kommen wir dazu, anzunehmen, daß der Ausdruck „Anfang der Ausführung" keinen anderen Zweck hat, als Versuchshandlungen im engeren Sinne gegen bloße Vorbereitungshandlungen abzugrenzen; daß aber im übrigen der § 43 die Entscheidung der Streitfrage tatsächlich der Wissenschaft anheimgegeben hat.[3])

II. Das Gefahrmoment im Versuch.[4])

Das Bestreben aller objektiven Theorien, äussere Merkmale zu finden, die unabhängig vom Willen des Täters allen strafwürdigen Versuchshandlungen eigentümlich seien, hat zur Aufstellung der „objektiven Gefährlichkeiten" als solch ein Kriterium geführt. Danach soll „Versuch" im technischen Sinne nur vorliegen, wenn eine Handlung nach ihrer objektiven Beschaffenheit dem angegriffenen Rechtsgute gefährlich werden konnte.

---

[1]) Sten. Bericht d. Reichstags d. Norddeutschen Bundes. I. Legislatur-Per. Session 1870.

[2]) Kohler: I. Stud. S. 9. R.-G.-Entsch. Bd. 34 S. 219.

[3]) Ebenso Liszt: Lehrb. § 47, II Anm. 4 und R.-G. Bd. I S. 439.

[4]) Unser Haupteinwand, der sich gegen den objektiven Ausgangspunkt in der Frage der Strafbarkeit richtet, kann erst im 2. Teil gebracht werden, da hier nur die begriffliche Scheidung zur Erörterung steht.

Fragen wir zunächst: was ist Gefahr in concreto, und kann diese jemals bei einem Versuch eine Rolle spielen?

„Ein tatsächlicher Zustand an der Außenwelt, in welchem unter den gegebenen . . . Umständen nach unbefangenem Urteile die nahe Möglichkeit und damit die begründete Besorgnis gegeben ist, daß der Eintritt der Verletzung erfolgen werde", soll nach *Liszt* (S. 126) „Gefahr" sein. Dagegen möchten wir einwenden, daß ein tatsächlicher Zustand an der Außenwelt, objektiv zu sprechen, entweder kausal oder nicht kausal in Beziehung auf den Eintritt der Verletzung sein kann. Entweder liegen in dem Zustande die Bedingungen derart, daß der Erfolg notwendig eintritt, oder sie liegen so ungünstig, daß derselbe notwendig nicht eintritt. Wer die Möglichkeit des Erfolgeintritts in einem konkreten Falle gleich der Gefährlichkeit setzt, der muß annehmen, daß in ein und demselben Zustande die Möglichkeit zweier diametral entgegengesetzter Wirkungen zu gleicher Zeit latent vorhanden seien.

Da es aber zwischen notwendigem Erfolg und notwendigem Fehlschlagen, zwischen Kausalität und Nicht-Kausalität keine Mittelstufe in der Welt des Naturkausalismus gibt, so müssen wir den Begriff „Möglichkeit" oder „Gefährlichkeit" ein für allemal aus dem Gebiete objektiver Zustände ausscheiden. Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit sind in Wahrheit nichts anderes als „subjektive Urteile desjenigen, der sich über die Kausalität oder Nicht-Kausalität eines Zustandes für einen anderen nicht klar ist . . . ., so daß er eben deshalb aus seinem beschränkten Wissen heraus die erstere oder die letztere für wahrscheinlicher hält".[1]) Wer die eben überschrittene Gletscherbrücke hinter sich zusammenbrechen sieht, darf wohl sagen, er sei in „Gefahr" gewesen; aber dies Urteil hat dann keine andere Bedeutung als die: meine Erkenntnis der Naturkräfte, die der Brücke Tragfähigkeit bedingten, der Kraft der Sonnenstrahlen, die das Eis zertaut haben, ist so mangelhaft, daß ich auch ein früheres Einbrechen der Gletscherbrücke nicht für ausgeschlossen gehalten hätte. Würde der Wanderer aber alle diese Kenntnisse der Naturkräfte gehabt haben, bevor er die Brücke überschritt, so hätte er nicht den geringsten Grund gehabt, sich vor dem Ueber-

[1]) **Lammasch:** S. 12. Anderer Ansicht **Cohn:** G.-A. Bd. 28 S. 365 ff.

gang zu scheuen; denn zu jener Zeit war das Eis noch so stark, hatte die Sonne noch so wenig eingewirkt, daß es den Wanderer mit Notwendigkeit tragen mußte.

Daß es einen Gefahrbegriff überhaupt gibt, soll durchaus nicht geleugnet werden. Aber dieser Begriff wohnt nicht einem Zustand in der objektiven Welt inne, sondern nur rein subjektiven menschlichen Mutmaßungen, die irgend ein äusserer Zustand in Verbindung mit gewissen Erfahrungssätzen hervorzurufen pflegt.

Man wende hiergegen nicht ein, daß im täglichen Leben von Gefahr, als der einem Zustand inhärenten Eigenschaft ohne Rücksicht auf den Eintritt der befürchteten Verletzung gesprochen wird.[1]) Denn erstlich kommt dem bloßen Sprachgebrauch doch gegenüber logischen Entwickelungen nur sehr geringe materielle Beweiskraft zu, und sodann nehme ich an, daß, wer im Leben von Gefahr eines Zustandes spricht, sich unwillkürlich in einen Augenblick zurückversetzt, in dem er nur die Bedingungen kannte, die seine Befürchtung berechtigten, aber noch nicht diejenigen, die, jenen entgegentretend, den erwarteten Erfolg naturnotwendig hinderten.

Wenden wir das Resultat dieser Erwägungen auf den Versuch an, so finden wir, daß das Nichteintreten des Erfolges bereits erwiesen hat, daß die Bedingungen, die dem Erfolge hinderlich waren, stärker gewesen sind als die anderen, daß jeder Fall des Versuches also die Notwendigkeit der Nichtvollendung bereits begriffsgemäß in sich trägt.[2])

Wenn einige Nachfolger *Feuerbachs* zur Strafbarkeit des Versuchs forderten, daß in concreto ein Kausalzusammenhang zwischen der Versuchshandlung und dem angestrebten Erfolge bestanden habe, so hätte hiernach folgerichtig jeder einzige Fall des Versuchs straflos gelassen werden müssen; denn Versuch und Kausalzusammenhang schließen einander unter diesen Umständen völlig aus. Wir sahen bereits oben, daß *Feuerbach* selbst diesem Irrtum nicht verfallen ist, daß er sich mit einem Kausalzusammenhang in abstracto — mit einer „objektiven Gefährdung" des angegriffenen Rechtsgutes genügen ließ.

---

[1]) Das tut Kohn: (Beling: Heft 53 S. 38).

[2]) Aehnlich R. G. Bd. VIII S. 200 ff.

Prüfen wir nun einmal diese abstrakte oder potentielle Kausalität auf ihre Existenzberechtigung.

Wer von potentiellem Kausalzusammenhange spricht, der meint damit, daß aus dem Kreise von Bedingungen, die de facto zum angestrebten Verbrechenserfolge keinen zureichenden Grund boten, eine oder mehrere, anscheinend besonders wirksame Bedingungen herausgehoben und willkürlich in Gedanken mit anderen kombiniert werden; weil nämlich die Summe dieser Ursachen und Umstände erfahrungsgemäß den angestrebten Erfolg zu bewirken pflegt. „Aber dann ist diese Versuchstätigkeit nicht kausal, sondern sie wäre es nur, wenn die übrigen Bedingungen des Erfolges sich so verhielten",[1]) wie es der Täter oder der Urteilende unterstellten. Mit Recht weist *Lammasch* darauf hin, daß solch ein Ursachenbegriff jeder Bestimmtheit entbehren würde, weil es dann nur von der „größeren oder geringeren Kühnheit" der Kombination von gegebenen Erfolgsbedingungen mit beliebigen anderen abhängen würde, ob abstrakte Kausalität angenommen werden darf oder nicht.[2]) Denn streng genommen gibt es keine einzige, wenn auch noch so geringfügige Ursache, die nicht als unentbehrliches Glied in der Kausalitätskette zum Verbrechenserfolg mitwirken könnte. Wenn aber hieraus erhellt, daß die Entscheidung über das Gegebensein der potentiellen Kausalität ohne objektiven Maßstab dem subjektiven Urteile anheimgegeben werden muß, so zeigt dies deutlich, daß damit ein objektives Unterscheidungsmerkmal für die Versuchsfrage nicht gewonnen ist. — Eine Ursache ohne Wirkung ist undenkbar. Wie kann man aber irgend ein Ereignis der Außenwelt als Ursache einer bestimmten Wirkung bezeichnen, wenn, wie die Vorgänge zeigten, diese Wirkung ausblieb? „Denn es gibt kein Prädikat, das dem Begriff der Ursache in dem Maße widerspräche, als das, nicht kausal zu sein, weil es ja geradezu den Begriff selbst aufheben würde".[3]) Deshalb meinen wir, daß der Begriff „potentielle Kausalität" einen Widerspruch in sich birgt;[4]) denn während das

---

[1]) Lammasch: S. 6.

[2]) Lammasch: S. 7; ebenso v. Buri: G. S. 1880 S. 345 und 503 ff. Auf die Dehnbarkeit des Begriffs macht auch v. Kries a. a. O. S. 293 aufmerksam.

[3]) Lammasch: S. 7.

[4]) Ebenso v. Buri: G. S. 1880 S. 350.

Hauptwort „Kausalität“ eine Ursache voraussetzt, die mit Notwendigkeit eine Wirkung nach sich zieht, wird durch das Beiwort „potentiell“ der eben erst konstatierten objektiven Notwendigkeit das Urteil subjektiver Ungewißheit beigelegt. Das bedeutet, um mit *Lammasch* zu reden, „etwas in einem Atem als notwendig anerkennen, und es dennoch bezweifeln“. (S. 10).

Wenn wir hier daran festhalten, daß Ursache nur ein Ereignis genannt werden darf, das Wirkung hat, so ist das kein bloßer Wortstreit. Denn der Ursachbegriff hat so elementare Bedeutung auf den meisten Gebieten der Rechtswissenschaft und der Philosophie, daß jede willkürliche Veränderung desselben die grösste Verwirrung hervorrufen müsste.

So gelangen wir dazu, die Existenz der Gefahr als einen Zustand in der Außenwelt ebenso entschieden zu leugnen als jeden Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Vollendung des Verbrechens bei irgend einer Art des Versuchs.

III. Die Kategorien des Versuchs nach *Mittermaier*.

Nachdem das Gefahrmoment und der Kausalzusammenhang als unterscheidende Merkmale strafwürdiger Versuchsfälle abgelehnt wurden, bleibt uns noch übrig, die von *Mittermaier* ins Leben gerufene Scheidung nach ähnlichen äußeren Merkmalen — nämlich der absoluten und relativen Untauglichkeit von Mittel und Objekt — einer Kritik zu unterziehen.

a) Untaugliche Mittel und Objekte.

1. Zum Begriff „Mittel.“

Dieser erscheint als so unbestimmt, daß schon darum seine wissenschaftliche Brauchbarkeit bezweifelt werden darf. Wir wissen nicht, ob das Mittel zu einem Verbrechen als ein Ding oder als die Veränderung an einem Dinge aufgefaßt werden soll.[1]) Bei einer Tötung kann man z. B. Pistole, Kugel, das Schiessen, Pulver u. a. als Mittel ansprechen. Fast immer nämlich wirken zu einem Erfolge sehr viele Kräfte mit. Sie stehen untereinander objektiv insofern völlig gleich, als sie alle unentbehrliche Bedingungen zum Erfolge waren. Den auszeichnenden Titel „Mittel“ erhält diese oder jene Kraft nur, weil der menschliche Wille sich ihrer zum Erfolg bediente.

---

[1]) **Lammasch**: S. 17.

Sprachlich ist ferner zu bemerken, daß der Ausdruck „untaugliches Mittel“ insofern höchst unpassend erscheint, als die Untauglichkeit einen Gegensatz zum Begriff des Mittels darstellt. Streng genommen dürfte man daher beim Versuch überhaupt nicht von „Mitteln“, sondern nur von ergebnislos gebliebenen Bemühungen, zur Vollendung zu gelangen, reden.[1])

2. Zum Begriff „Objekt des Verbrechens.“

Eine allgemein gültige Einteilung aller Versuchsfälle nach gewissen Eigenschaften von Mittel und Objekt enthält die Prätention, daß bei jedem Versuch des Verbrechens auch ein Objekt vorhanden sei, gegen das der rechtsfeindliche Angriff sich richtet. Es gibt aber zahlreiche Versuchsfälle, die eben darum nicht zur Vollendung gediehen sind, weil das Objekt dieser Angriffe entweder noch nicht, oder überhaupt nicht oder nur nicht an dem Ort der Tat vorhanden war. So ist es offenbar widersinnig, von einem Versuch am untauglichen Objekt zu sprechen, wenn dies Objekt durch die Versuchshandlung überhaupt erst geschaffen wird. Zum Beispiel bei der fälschlichen Errichtung eines Testaments, das abgesehen von seiner Unechtheit wegen eines Formfehlers nichtig wäre.[2]) Aehnlich ist es z. B., wenn ein Einbruchsdiebstahl an einem leeren Geldschrank versucht wird, oder wenn der Taschendieb im Rocke das gesuchte Portemonnaie nicht findet, weil der Eigentümer dasselbe zu Hause vergessen hatte. Manche sprechen in letzterem Falle von einem Versuch „am nicht existierenden Objekt,“ wodurch die Situation um nichts geklärt, dafür aber die Terminologie um eine contradictio in adjecto bereichert wird.

b) Relativ untaugliche Mittel und Objekte.

Gibt es beim Versuch überhaupt taugliche und untaugliche Mittel?

Sehen wir einmal von unseren Einwürfen gegen den Mittelsbegriff ab und prüfen wir, ob die von den Gegnern gewünschte Einteilung der Versuchsfälle nach Tauglichkeit und Untauglichkeit der Mittel rein logisch gerechtfertigt werden kann.

Jeder Versuch, mag er nun in seiner einfachsten und unbe-

---

[1]) v. Buri: Beiträge S. 188.

[2]) Lammasch: S. 18.

strittensten Form auftreten oder als „Mangel am Tatbestand“, bedeutet begriffsgemäß, daß die angewendeten Mittel nicht zu der in den Vorsatz aufgenommenen Vollendung des Verbrechens geführt haben. Unsere Erkenntnis aber sagt uns hierzu nach dem „Satz vom zureichenden Grunde“ noch mehr: lagen die Bedingungen, Mittel und Umstände in diesem konkreten Versuchsfall einmal so, daß ihr Zusammenwirken zur angestrebten Vollendung nicht führte, so ist damit unwiderleglich bewiesen, daß dieser Mißerfolg notwendig, die angewandten Mittel aber untauglich waren. Gelänge es also, die gleichen Bedingungen, Mittel und Umstände wieder zu vereinen, so könnte man dasselbe Experiment beliebig oft mit dem gleichen, notwendig negativen Ergebnis wiederholen.

Beim Tötungsversuch durch Fehlschiessen oder beim Vergiftungsversuch durch Zucker statt Arsenik ist das gut geladene Gewehr in concreto ein ebenso untaugliches Mittel wie der Zucker.

Wir dürfen also behaupten, daß in concreto die Mittel jedes Versuchs gleichermaßen untauglich sind, eine Scheidung wie die obengenannte also unzulässig ist. Nun wird aber von den Objektivisten verlangt, daß wir von den speziellen Umständen absehen und das Mittel in abstracto — gewissermaßen im luftleeren Raume — betrachtend auf seine Tauglichkeit prüfen. Dann solle man zusehen, ob das Mittel in Gemeinschaft mit irgend welchen anderen Bedingungen „absolut ungeeignet“ gewesen sei, die Vollendung gemäß dem Vorsatz des Täters herbeizuführen.

Uns scheint es, daß diese Theorie, statt ihr Versprechen, feste Grenzen zu ziehen, zu erfüllen, gerade ins völlig Uferlose führt.

Ist denn überhaupt innerhalb der ganzen Sphäre des Naturkausalismus irgend eine Kraft, ein Mittel denkbar, das nicht als letztes unentbehrliches Glied der gewünschten Kausalitätskette gedacht werden könnte? Ein armlanger Telegraphendraht erscheint freilich auf den ersten Blick als absolut untauglich, ein Telegramm von Berlin nach Hamburg zu senden. Ist aber die schon bestehende Drahtleitung zwischen beiden Städten an einer Stelle schadhaft und wird hier der kurze Draht als Ersatzstück eingeschaltet, so ist er doch zu einem unentbehrlichen Mittel des Depeschenaustauschs auf weite Entfernung hin geworden. So

sind aber alle Mittel, so weit sie der Welt der Kausalität angehören, in gleicher Weise tauglich, wenn man einmal von bestimmten Umständen und bestimmter Anwendungsart absehen darf.[1]) *Lammasch* (S. 9) erklärt diese Erscheinung richtig mit dem „kosmischen Zusammenhange aller Dinge".

Selbst bei den oft berufenen Schulbeispielen vom Totbeten und der Zuckervergiftung dürfen wir nicht mehr sagen: lautes Totbeten und Zucker seien absolut untaugliche Mittel zur Tötung. Denn jenes kann bei Nervenkranken, dieses bei Schwerzuckerkranken sehr wohl den gewünschten Erfolg bewirken. Man darf hiergegen nicht einwenden: der Tod könne dem Betenden oder Vergiftenden nur zugerechnet werden, wenn er diesen Weg der Kausalität vorhergesehen und gewollt habe; denn einmal ist das sehr bestreitbar (cf. von *Liszt* S. 178), und dann gehört diese Frage lediglich in das subjektive Gebiet der Schuld und nicht in das hier allein interessierende der Kausalität. Nicht nach dem subjektiven Verschulden, nach Wissen, Vorstellen, Anwendenwollen wird hier gefragt, sondern einzig nach der Rolle, die ein Ding im Naturkausalismus spielen kann.

Zugleich muß betont werden, daß, wer einmal die abstrakte Betrachtungsweise gewählt hat, nicht willkürlich einzelne Elemente des konkreten Tatbestandes anziehen darf. In diesen Irrtum fällt offenbar *Kriegsmann* (a. a. O.) wenn er dem Beurteiler empfiehlt, bei der Prüfung in abstracto an eine „charakteristisch auszeichnende Eigenschaft" und an eine Anwendungsart zu denken, die sich aus der charakteristischen Eigenschaft „gewissermaßen als vernünftig" ergäbe. Daß eine solche Betrachtungsweise möglich wäre, ist kaum zu bezweifeln. Aber, so fragen wir, mit welchem Recht berücksichtigt *Kriegsmann* nur diese konkreten Umstände — warum nicht mehr — oder gar alle?

Wir kommen also zu dem **Resultat**: bei allen Versuchsfällen ohne Unterschied sind die angewandten Mittel bei konkreter Betrachtungsweise als untauglich, bei einer Betrachtung in abstracto dagegen als tauglich anzusehen. Damit sind wir aber zur Ablehnung der *Mittermaier*'schen Scheidung berechtigt; denn Merkmale, die allen Versuchsfällen gleichermaßen zukommen, können nicht zu deren Einteilung dienen. —

---

[1]) Ebenso Hertz: a. a. O.

Es erübrigt sich nun noch, auf eine Einwendung, die unserer Deduktion gemacht worden ist, kurz zurückzukommen.

Es ist häufig dem Satze: „in abstracto ist jedes Mittel tauglich“, der Vorwurf gemacht worden, daß er sich in praxi nur auf die Delikte der Tötung und Körperverletzung beziehe.[1]) Denn das Gesetz habe bei manchen Delikten z. B. Meineid und Ehebruch in den gesetzlichen Tatbestand auch Mittel und Begehungsart aufgenommen, so daß jedes andere als das vom Gesetz bezeichnete Mittel de lege lata untauglich sei.

Wir haben dem zunächst entgegenzuhalten, daß unser Satz nicht allein für die gnannten beiden Delikte (Tötung und Körperverletzung) gilt, sondern vor allem für die Delikte der Sachbeschädigung, Beleidigung, Hoch- und Landesverrat, Widerstand gegen die Staatsgewalt und die meisten sonstigen Straftaten des St.-G.-B. Ob er auch in einigen Ausnahmefällen z. B. Meineid gilt oder nicht, dürfen wir dahingestellt sein lassen. Denn nicht die Gegner der objektiven Theorie tragen die Beweislast, festzustellen, daß deren Tauglichkeitsmerkmale auf kein einziges Verbrechen anwendbar sind, sondern umgekehrt müssen die, welche solche Merkmale aufstellen, deren Gültigkeit und Unterscheidungskraft für so wichtige Fälle wie die der Tötung und Körperverletzung dartun. Diesen Nachweis sind sie schuldig geblieben. Daß die Unterscheidung bei diesen wichtigsten Delikten aber völlig versagt, wäre schon Grund genug, sie abzulehnen.

Zweites Kapitel.

Die Vereinigungstheorien.

Während die eben betrachteten objektiven Theorien das Schwergewicht bei Beurteilung des Versuchs auf die Tatseite legten, die später zu prüfenden subjektiven Theorien aber auf die Willensseite: kommen wir jetzt zu einer Gruppe von Vereinigungstheorien, die von einer Verbindung subjektiver und objektiver Kriterien die Lösung der Frage erwarten.[2])

Wir werden diese Ansicht am besten durch ihre bedeutendsten Vertreter: *Kohler* und *v. Liszt* kennen lernen.

---

[1]) v. Rohland: Gefahr S. 77; Kriegsmann a. a. O. S. 32.

[2]) Kohler selbst spricht das aus: I. S. 27.

A. *Kohlers* Theorie.

Kohlers Ausgangspunkt ist ein objektiver: auch er fordert zur Strafbarkeit der Versuchsfälle eine Gefahr und sieht in ihr das Kriterium für die Begriffsbestimmung des rechtlich relevanten Versuchs. Während aber die objektiven Theorien auf die Gefährdung des angegriffenen individuellen Rechts Wert legten — *Kohler* nennt sie darum „Individualgefährdungsideen"[1]) - verlangt *Kohler*, daß durch Handlungen der betreffenden Art die Interessen der Menschheit, die Rechtsordnung[2]) überhaupt gefährdet sei. Fragen wir nun, wann eine Gefährdung der Rechtsordnung vorliegen soll, so erwidert *Kohler* hierauf: dafür sei nicht maßgebend, wie die Sache ausgeführt, sondern wie sie geplant sei. „Es muss ein nach den Regeln der Naturordnung zum Erfolg führender Plan überhaupt zur charakteristischen, äußeren Ausprägung gelangt sein." (S. 25.) Mit der Betonung des Planes wird auch die subjektive Seite hervorgehoben. Bei der Beurteilung der Versuchshandlung hat man also nicht mehr danach zu fragen, ob Mittel oder Objekt de facto tauglich waren, sondern man wird die Prüfung aus dem Gebiete des Realen in die Vorstellung des Täters verlegen. Und bei diesem Lokaltermin in der Gedankensphäre des Täters wird das Gericht sich fragen müssen: wäre Mittel und Objekt de facto so beschaffen gewesen, wie sie sich in der Vorstellung des Täters spiegelten, hätte dann nach den Regeln der Naturordnung der Erfolg eintreten müssen?

Es ist hier nicht der Ort, den Fortschritt, den diese Ansicht gegenüber den Individualgefährdungsideen darstellt, zu würdigen. Wir werden hier nur die Gründe darzulegen haben, derentwegen wir diese Theorie in toto ablehnen müssen.

Zunächst mag ein Beispiel die praktische Bedeutung der Theorie klarstellen. A und B wollen Giftmorde begehen. A wendet eine zu geringe Dosis Arsenik an, weil er sich vorgestellt hatte, daß diese Quantität hinreichend sei; B dagegen, der mehr Erfahrung in solchen Dingen hat, weiß ganz gut, welche Dosis erforderlich wäre und will auch eine so große Menge anwenden; er vergreift sich aber und nimmt nicht mehr Gift als A. Beide kommen natürlich nicht zum Ziel.

---

[1]) Kohler: I S. 20 ff.

[2]) Kohler: I S. 25.

Kohler will nun den A straflos lassen, denn da sein Plan untauglich war, liege auch kein „Versuch“ vor. Dagegen würde er den B wegen Mordversuchs bestrafen, denn sein Plan war ja an sich tauglich.

Wir machen folgende Einwände geltend:

1. Wie das Beispiel zeigt, führt *Kohlers* Theorie dazu, bei völliger Uebereinstimmung des objektiven Tatbestandes und bei ebensolcher Gleichheit des verbrecherischen Willens die Strafbarkeit davon abhängig zu machen, ob der Täter das richtige Verständnis für die Bildung von Kausalitätsketten besaß. Dann gründet sich aber die unterschiedliche Behandlung auf nichts anderes, als des Täters größere oder geringere Kenntnis der physikalischen Gesetze.[1]) Daß eine solche Vermischung von Willen und Kenntnis zu Folgerungen führt, die jede Justiz unmöglich machen, hat *E. v. Liszt*-Wien überzeugend nachgewiesen.[2])

2. Es entzieht sich menschlicher Erkenntnis, zu beurteilen, wie sich die geplanten Handlungen als Ursachen in die jeweiligen Umstände der Außenwelt eingebettet haben würden. Ebenso wie es keine Mittel gibt, die absolut untauglich sind, so gibt es auch solche nicht, die einen bestimmten Erfolg mit Notwendigkeit herbeiführen müssen.

3. *Kohler* gibt selbst zu, daß der Plan selten alle Tätigkeiten, die zur Ausführung kommen sollen, in scharf umrissenen Zügen aufweist. Wenn aber der Plan unbestimmt sei, dann müsse man eben alle Eventualitäten mit in Betracht ziehen.

Unseres Erachtens ist es unbillig, daß dem Täter um so mehr Eventualitäten zum Nachteil angerechnet werden, je planloser er vorgeht. Wir meinen, daß man nicht ohne weiteres unterstellen dürfe, ein planlos Handelnder sei der Gesamtheit immer noch schädlicher als jemand, der nach einem festen, aber untauglichen Plan handelt.

4. Wie ist es ferner zu beurteilen, wenn der Plan des Täters untauglich war — nicht deshalb, weil wirklich existierende Hindernisse falsch eingeschätzt, sondern — weil nur in der Phantasie des Täters lebende Hindernisse unterschätzt worden waren?

---

[1]) Ebenso Geyer: G. S. 1866 S. 61; Baumgarten: Lehre v. Versuch S. 319 und v. Buri: G. S. 1868 S. 327 ff.

[2]) Z. 25 S. 45 bis 48.

Kohler denkt an diesen Fall auch (I S. 28). Seinen Ausführungen hierzu müssen wir unbedingt entgegentreten. Es handelt sich dabei konkret gesprochen um folgendes: A will den B erschießen. Er glaubt, daß der B am Tage der Tat ein Panzerhemd tragen werde, das in Wirklichkeit unbedingt kugelsicher ist, während A hofft, seine Kugel werde auch dieses Hindernis durchschlagen.

Bei konsequenter Anwendung von *Kohlers* Theorie kann u. E. in diesen Fällen das Resultat gar nicht zweifelhaft sein: der Plan ist untauglich. — *Kohler* selbst ist anderer Meinung. Er sagt, in diesen Fällen müsse man ausnahmsweise nicht auf den Plan, sondern auf die Wirklichkeit schauen. Denn in dem Plane seien zwei Fehler vorhanden: die irrtümliche Annahme eines Hindernisses und die irrtümliche Annahme, daß das angewandte Mittel stark genug sei, auch jenes zu überwinden. Man müsse nun das eine in das andere rechnen, „weil zwei Zahlen einander korrigieren und zwei sich korrigierende Fehler als nicht vorhanden gelten“.[1])

Wir meinen, daß diese Fehler sich durchaus nicht korrigieren. Sind in einer Rechnung zwei Fehler vorhanden (diese arithmetische Betrachtungsweise wählt *Kohler* selbst), so kann dabei ein richtiges Resultat nur dann herauskommen, wenn erstens beide Fehler gleich groß sind und zweitens der eine den andern dadurch beseitigt, daß er mit einer konträren Rechnungsart eingeführt wird.

Sind nun in der *Kohler*'schen Rechnung die beiden Fehler des Planes wirklich so gleich, dass sie einander aufheben können? Doch nicht! Vielmehr wurde die Frage ja nur darum aufgeworfen, weil der eine Fehler grösser war als der andere, weil das vorgestellte Mittel dem vorgestellten Hindernis in Wirklichkeit nicht gewachsen gewesen wäre. Zwei Grössen waren irrtümlich in den Plan aufgenommen: eine dem Erfolg hinderliche und eine ihn fördernde — die zweite aber war kleiner als die erste!

Wer also nach *Kohlers* Anweisung zur Tauglichkeitsprüfung des Versuchs lediglich auf den Plan sieht, der muß zugeben, daß jener Plan absolut untauglich war. —

Wir legen auf diesen Einwand darum Gewicht, weil auch die u. E. allein folgerichtige Anwendung der *Kohler*'schen Theorie

---

[1]) Kohler: I. S. 28.

zu unhaltbaren Ergebnissen führen müsste. Denn das Rechtsgefühl würde sich dagegen sträuben, alle die Fälle, bei denen der Täter in der gedachten Art irrt, als untauglich zu bezeichnen und sie demgemäss straflos zu lassen.

Ein sachlicher Grund, in diesen Fällen aber eine Ausnahme zu machen und auf die wirklichen Geschehnisse zurückzugreifen, existiert für den Richter nicht. Täte er es hier, so wäre keine Grenze denkbar, an der er aufhören sollte, außer dem Plane noch Faktisches in den Kreis seiner Betrachtung zu ziehen — und die objektive Theorie stände wieder unverändert da.

Aber *Kohler* will ja, daß die Inkonsequenz nur gering sei. Er will nicht allzuviel von der wirklichen Entwickelung dem Plane imputieren. Nämlich dann solle dem Plane nichts mehr zugerechnet werden, wenn die „mögliche Entwickelung“ (genauer müsste es heissen, die nach dem Urteile des kausalitätserforschenden Richters zu erwartende Entwickelung) sich nicht mit nur „sekundärer Abweichung“ vom Plane des Täters vollzog, sondern in „völlig verschiedener Art“. (a. a. O. S. 29.)

Nun fragen wir: wie soll nach diesen unsicheren Kriterien eine feste Grenze gezogen werden — noch dazu in der luftigen Sphäre der Gedanken? Nach festen Grenzen verlangt aber die Strafrechtswissenschaft!

B. *v. Liszts* Theorie.

Liszt will diejenigen Versuchsfälle als „ungefährlich“ (d. h. bei ihm = „absolut untauglich“) straflos lassen, bei denen dem Beurteilenden „unter Berücksichtigung der im Augenblick der Handlung allgemein erkennbaren oder dem Täter bekannten Umstände die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale, insbesondere der Erfolgseintritt als ausgeschlossen erscheint.“[1])

Hier wird also zur Strafbarkeit des Versuchs „konkrete Gefährlichkeit“ gefordert. Ihr Vorhandensein soll nicht wie bei *Feuerbach* in abstracto, sondern in concreto, aber in Form einer „nachträglichen Prognose“, ausgehend vom Augenblicke des Handelns, stattfinden.

Wie oben bereits ausgeführt wurde, gibt es „objektive Gefahr“ = einem Zustande der Außenwelt überhaupt nicht. Weil

[1]) v. Liszt: Lehrbuch § 47, II. 3.

die menschliche Einsicht in den Naturkausalismus aber sehr beschränkt ist, sind wir wohl berechtigt, einen Vorgang mit einem rein subjektiven Urteile als „gefährlich“ zu bezeichnen, solange die blos befürchtete Wirkung noch nicht eingetreten ist. Ist sie aber einmal eingetreten, dann liegt kein Grund mehr vor, das vorschnell-subjektive Urteil noch aufrecht zu erhalten. Denn jetzt ist nicht mehr Befürchtung, Erwartung, Ungewissheit — sondern Gewissheit da. Wer vom Standort der Gegenwart auf den früheren Versuch, der ihm ans Leben wollte, zurückblickt,[1]) der darf von „Gefahr“ nicht mehr reden.

Wahrscheinlich aus dieser Erwägung heraus hat *v. Liszt* die nachträgliche Prognose zur Feststellung des Gefahrmoments (das auch er als Kriterium festhält) gewählt. Denn logische Bedenken wenigstens stellen sich dem nicht mehr in den Weg, der sich auf den Standpunkt des Verbrechers zur Zeit der Handlung zurückversetzt, den Ausgang des Unternehmens ignoriert und nun nach menschlicher Erfahrung aus den konkreten Umständen feststellen will, ob eine grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit der Verletzung d. h. eben eine Gefahr vorgelegen habe.

Wenn wir auch soweit den *Liszt*'schen Gedanken gern zustimmen, so haben wir doch gegen die praktische Brauchbarkeit der auf diese Weise gewonnenen Gefährlichkeitsurteile schwere Bedenken.[2])

Da der Richter bei Beurteilung dieser Gefährlichkeit sich lediglich auf in ähnlichen Situationen gemachte Erfahrungen[3]) stützen kann, so wird man auf sichere Schlüsse und einheitliche Rechtssprechung von vorneherein verzichten müssen. Man darf nicht vergessen, daß es dem Menschen nicht gegeben ist, alle zum Erfolg mitwirkenden Faktoren zu erkennen und geeignet zu würdigen. Darum würde sich hier alles um subjektive Schätzungen drehen, nach deren zweifelhaften Resultaten die wichtige Grenze zwischen Strafe und Straflosigkeit gezogen werden müßte. *Langenbach* u. a., die hinsichtlich der Gefährlichkeitsforderung mit *v. Liszt*

---

[1]) Anders, wenn er unwillkürlich eine nachträgliche Prognose vornimmt, sich in die Vergangenheit zurückversetzt. cf. S. 8.

[2]) Ebenso Delaquis: a. a. O. S. 124.

[3]) Delaquis: S. 124: Auf „Empirismus müsse jede Gefahrtheorie aufgebaut sein.“

übereinstimmen, glauben, einen Maßstab „in dem vernünftigen Ermessen eines geistig ausgebildeten Durchschnittsmenschen" zu finden, geben aber gleich darauf zu, dass es sich dabei nur um einen graduellen Unterschied handele, der eine feste Grenze nicht zulasse.[1])

Darin können wir aber nur die aufrichtige Bankrotterklärung eines Objektivisten erblicken; denn eine feste Abgrenzung zwischen Strafbarem und Straflosem macht die Kardinalforderung an jede Theorie aus. Erst in zweiter Linie kommen die graduellen Differenzierungen innerhalb der strafbaren Versuchsfälle, die nur für die relative Strafbarkeit von Bedeutung sind.

Zum Beweis der Unsicherheit der *Liszt*'schen Unterscheidung sei ein Fall erwähnt, der die Prager Gerichte beschäftigt hat: die geistig sehr beschränkte Köchin A legt in einer Schale drei Zündholzköpfe unter das Bett der B, um diese damit „in die Luft zu sprengen". Der Erfolg war nur eine leichte Schwärzung des unteren Bettbalkens. Die Richter nahmen „Ungefährlichkeit" an, weil nach menschlicher Voraussicht Zündholzköpfe allerdings kein geeignetes Sprengmaterial abgeben. Aber hätten sie nicht auch der Möglichkeit gedenken müssen, daß die Entzündung an den Bettüchern einen Brand verursacht, in dem die schlafende B wirklich umkommt?

Wer sollte die labyrintischen Wege der Kausalität mit Sicherheit vorausbestimmen! Menschlichem Erkennen gegenüber sind sie ein Reich der unbegrenzten Möglichkeiten.

Drittes Kapitel.
Die subjektive Theorie.

Da es keinem Vertreter objektiver Theorien geglückt ist, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen den normalen Fällen des Versuches und dem sog. untauglichen Versuch zu statuieren; da sich ferner solchem Bemühen stets die unbestreitbare Tatsache in den Weg stellen muß, daß jedem Versuch der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg fehlt, also jeder Versuch ein untauglicher ist: so brach sich seit dem Jahre 1872 die Erkenntnis Bahn, daß sämtliche Fälle des Versuchs objektiv völlig gleichwertig seien. Hatte man früher vor allem die Tatseite des Ver-

[1]) Langenbach: a. a. O. S. 50; ähnlich Kriegsmann: S. 20—21.

suchs betont, nach der Gefährlichkeit der Handlung gefragt, der Untauglichkeit der Mittel oder nach dem Zeitpunkte, in dem diese Untauglichkeit eingetreten sei,[1]) so begann man jetzt die Willensseite, den subjektiven Tatbestand zum Ausgangspunkt für die Lösung der Frage zu wählen.

Buri wurde der Begründer dieser subjektiven Theorie, die rasch weitere Verbreitung und bald auch die rückhaltlose Billigung des Reichsgerichts fand. Die Grundzüge dieser Theorie sind kurz folgende:

Das „einzige in der Versuchshandlung zur Erscheinung kommende strafrechtliche Moment ist der verbrecherische Wille".[2]) Und das Reichsgericht sagt dazu in einer Entscheidung (Bd. I S. 439), die wie wenige andere die juristische Welt bewegt hat: „Jede Beziehung auf die Vollendung als den Gegensatz des Versuchs hat hier ausser Betracht zu bleiben — nur der verbrecherische Wille braucht sich in äußeren Handlungen kundgegeben zu haben." Diese Handlung muss „über die Grenze der blossen Vorbereitung hinausgegangen" sein. (R.-G. Bd. VIII S. 203.)

Der verbrecherische Wille tritt in allen Fällen des Versuchs gleichmässig zutage, mag der Täter auch mit untauglichen Mitteln oder Objekten operiert oder das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals übersehen haben. Denn in jedem Versuch liegt der ganze Vorsatz der Vollendung: der Versuch ist ein „subjektiv vollendetes Verbrechen".[3]) Aber damit auch der objektive Tatbestand der Versuchshandlung nicht gänzlich ignoriert werde, schränkt sich der Subjektivismus aus praktischen Gründen ein und verlangt, daß der verbrecherische Wille sich objektiviere.[4])

Den Grundsätzen dieser subjektiven Theorie können wir vollkommen zustimmen.

---

[1]) So Carrara: (cit. nach Lammasch S. 9.)

[2]) v. Buri: Beitr. S. 182; Anhänger der subjektiven Theorie sind ferner: Stenglein, Haelschner, Saleilles, Seuffert, Rosenfeld, Lammasch, Havenstein, v. Kries. Hertz, Eisenmann u. d. norweg. St.-G.-B.

[3]) v. Buri: G.-S. Bd. 32 S. 323.

[4]) Objektive Gesichtspunkte sind also auch einer spezifisch subjektiven Theorie unentbehrlich (cf. S. 41—42), wofern sie auf praktische Brauchbarkeit Anspruch erhebt. In dieser Tatsache liegt eine Annäherung der allerdings von grundverschiedenen Prinzipien hergeleiteten objektiven und subjektiven Theorien und zugleich ein Mittel der Verständigung im Meinungsstreit.

Es ist ganz natürlich, daß die entschiedene Stellungnahme des höchsten Gerichtshofes in dem Theorienstreite Gegenstand heftiger Angriffe geworden ist. Sogar einzelne Gerichte haben gegen die Auffassung des Reichsgerichts[1]) frondiert.[2]) Die Einwendungen sind zum grossen Teil prinzipielle; sie richten sich gegen den subjektiven Ausgangspunkt und gegen einzelne bedenkliche Konsequenzen, da die logische Geschlossenheit der Theorie selbst, die auf Kategorien nach objektiven Merkmalen verzichtet, keine Angriffspunkte bietet. Soweit die Einwendungen aus Meinungsverschiedenheiten über die obersten Prinzipien des Strafrechts, über Zweck und Wesen der Strafe hergeleitet werden, müssen wir füglich auf ihre Widerlegung verzichten. Wir werden aber im zweiten Teil unsere eigene Ansicht über die Strafbarkeit aller Versuchsfälle darlegen und auch Einzelangriffe zurückzuweisen versuchen.

Während die objektive Theorie den Kreis der strafbaren Versuchsfälle sehr eng zu umschreiben versuchte, und die Vereinigungstheorien ihn schon um ein Bedeutendes erweiterten, hat ihn der Subjektivismus weit über alle jene Schranken hinweg ausgedehnt. Jeder verbrecherische Vorsatz, der sich in Handlungen objektiviert, die mehr sind als bloße Vorbereitung, ist zur Erfüllung dieses Versuchsbegriffes erforderlich und ausreichend.

Wer mit dem Vorsatz, seinen eben verstorbenen Feind zu morden, mit einer ungeladenen Pistole auf ihn zielt und vergeblich den Abzug bewegt, hat nach dieser Theorie ebenso Mordversuch begangen wie der Wilderer, dessen Schuß den Förster um Haaresbreite fehlte, oder der im Dämmerlicht einen Baumstumpf, ein Tier für den Gegner hielt.[3]) Wer bei einer Prügelei den Gegner mit dem Messer angreift, aber nur dessen — künstlichen Arm beschädigt, erfüllt gerade so gut den Begriff des Versuchs wie der Messerheld, dessen Dolchstoß nur „zufällig“ an einer metallnen Zigarettentasche abgleitet. Der Taschendieb, der in der Manteltasche nichts findet, weil das gesuchte Portemonnaie in der Rocktasche untergebracht war; wer eine Woche vor seinem sechzehnten

[1]) Verein. Strafsenate. 24 V. 1880.

[2]) z. B. das O. L. G. Hamburg. cf. Deutsch. Jur.-Z. IV S. 58 und R.-G. Bd. 34 S. 218.

[3]) Das R.-G. bekennt sich offen zu solchen Konsequenzen. Bd. VIII S. 203.

Geburtstag einen Meineid schwört; wer versehentlich seine eigene Sache stiehlt; wer mit Zucker statt mit Arsenik vergiften will — alle begehen Versuch der mit Vollendungsvorsatz begonnenen Delikte.

Vorteile der subjektiven Theorie.

Statt aller unsicheren Grenzen zwischen den unbestrittenen Versuchsfällen und jenen anderen, die doch auch von Objektivisten nicht anders als „Versuch" genannt werden können, bietet sich hier ein völlig klares Begriffsbild; Alle Fälle des Versuchs, bestrittene und unbestrittene, fallen unter § 43 St.-G.-B. Die logische Schärfe, mit der die subjektive Theorie alle unnatürlichen Schranken beseitigt, ist sogar von Gegnern anerkannt und bedarf daher hier keiner weiteren Erörterungen. Was keine andere Theorie zu bieten vermochte, eine sichere Grundlage für einheitliche Rechtsprechung, das erscheint hier garantiert!

Nachteile der subjektiven Theorie.

Es wäre unbillig, zu leugnen, daß auch die subjektive Theorie bei konsequenter Durchführung zu Ergebnissen kommen kann, die dem Rechtsgefühl wenig entsprechen.

Hierher gehört die Besprechung einer Gruppe abseits liegender Fälle, als deren Kennzeichen Aberglaube oder grobe Unwissenheit gelten kann.

Wer die Literatur der Versuchskontroverse verfolgt, dem muss es auffallen, daß in allen Schriften ein besonders breiter Raum der Frage gewidmet ist, ob die abenteuerlichen Fälle des Totbetens, Krontalersteckens, Verhexens u. a., bei denen Mittel verwendet werden, die außerhalb der Sphäre des Naturkausalismus liegen, dem Versuchsbegriff zuzurechnen seien. Daß die Neigung, den Totbeter wegen Mordversuchs zu bestrafen, keine grosse ist, versteht sich von selbst; deshalb ist auch leicht erklärlich, daß alle Theorien sich gemüht haben, den von ihnen eruierten Versuchsbegriff von solchen Dingen rein zu halten.

Die objektiven Theorien haben es darin leicht: sie dürfen das Totbeten als untauglichen Versuch straflos lassen. Die Vereinigungstheorie *Kohlers* hat schon mehr Mühe, die Strafbarkeit abzulehnen. Denn während sie von ihrem Standpunkt aus doch den Plan für untauglich erklären dürfte, verschmäht sie diesen

einfachen Weg und versucht, die rechtliche Relevanz des Willens zu leugnen.[1])

Von einer subjektiven Theorie aber, die den verbrecherischen Willen betont, sollte man ohne weiteres erwarten, sie werde auch einen Menschen, der seinen Gegner töten will und nur aus Dummheit zu einem übernatürlichen „Mittel" greift, des Versuchs schuldig finden. Das ist aber nicht geschehen: sowohl von *Buri* als auch das Reichsgericht (das tatsächlich zur Frage des Totbetens Stellung nehmen mußte, Bd. 33 S. 322) haben hier den geraden Weg des Subjektivismus verlassen.

v. Buri leugnete strafbaren Versuch, weil „nur derjenige einen Erfolg wollen kann, welcher sich zwischen seiner Handlung und ihm den Verlauf eines Kausalzusammenhanges vorgestellt hat".[2]) Und das Reichsgericht sagt a. a. O.: „So wenig der noch im Innern des Menschen verschlossene böse Wille Gegenstand des Strafrechts ist, ebensowenig können solche Handlungen als strafbare Aeußerung desselben gelten, die völlig, sowohl außerhalb der physischen als auch der psychischen Kausalität liegen. Wie tatsächlich so sind sie auch rechtlich indifferent, sie fallen aus dem Kreise kausaler Veranstaltungen ganz hinaus und haben nur Bedeutung für die Sphäre der Moral . . . Die trotz vielfacher Angriffe noch nicht widerlegte subjektive Versuchstheorie fordert keine andere Auffassung".

Bei aller Hochachtung vor der Judikatur des höchsten Gerichtshofes, und trotzdem wir auch hier das praktische Resultat begrüßen, können wir den Gründen dieser Entscheidung nicht beipflichten.

Wir wissen wohl, daß die Annahme strafbaren Versuchs in diesen Fällen im Volke lebhafte Mißbilligung herrvorrufen und in der juristischen Welt unsere subjektive Theorie leicht diskreditieren könnte; aber wir meinen, daß eine theoretische Untersuchung weniger den Anforderungen des praktischen Lebens als denen der Logik und der Konsequenz unterworfen sei. „Die Wissenschaft kennt keine Krompromisse".[3])

---

[1]) Kohler: I S. 10-12.
[2]) v. Buri: G. S. 1888. 40 S. 529.
[3]) v. Liszt: Z. Bd. 21 S. 140.

Daß der Satz cogitationis poenam nemo patitur nicht verletzt werde, wollen auch wir und werden weiter unten noch Gelegenheit haben, die subjektive Theorie gegen diesbezügliche Vorwürfe in Schutz zu nehmen. Der bloße Wunsch, mag er auch noch so lebhaft sein, ist nicht Gegenstand des Strafrechts. Aber wenn der Wille, den Gegner ums Leben zu bringen, sich auf Handlungen richtet, von denen er erwartet, daß sie den Erfolg unmittelbar herbeiführen würden, und wenn diese Handlungen — die also mehr sind als Vorbereitung — begonnen werden, dann ist der verbrecherische Wille doch gewiß objektiviert!

Oder sollte der Bauer, der seinen Nachbar dadurch umzubringen vermeint, daß er um Mitternacht auf dessen Feld Knochen und Steine im Pentagramma ordnet und dazu Zauberformeln redet, nicht „einen auf die Verletzung gerichteten Willen durch äußere Handlungen kundgegeben haben?" (cf. R. G. Bd. VIII S. 203). Daß das Erfordernis eines „möglichen Kausalzusammenhangs" nicht gestellt werden darf, haben wir schon oben nachzuweisen versucht. Es muß also genügen, wenn sich der Täter einen Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem angestrebten Erfolg „in noch so vager, verschwommener und hauptsächlich noch so dummer und unwahrscheinlicher Art als möglich vorgestellt hat."[1])

Wenn das Reichsgericht also in seiner Entscheidung vom 21. Juni 1900 zur Erfüllung des Versuchsbegriffes irgend eine Qualifikation der angewendeten Mittel fordert, so sehen wir darin nur eine Konzession an den Objektivismus —[2]) wenn auch eine Konzession aus sehr triftigen praktischen Motiven. Wenn wir dagegen zu dem Schlusse kommen, daß eine subjektive Theorie bei streng konsequenter Durchführung dahin gelangen muß, alle diese erörterten Fälle in ihren Versuchsbegriff aufzunehmen, so scheuen wir uns nicht, einzugestehen, daß in diesem Punkte eine Schwäche der Theorie liegt. Es erscheint uns aber als ausgeschlossen, daß die bald hundertjährige Streitfrage des untauglichen Versuchs allein mit der lex lata und theoretischen Kon-

---

[1]) **Delaquis: S. 181. Zu demselben Ergebnis gelangt Eisenmann: Z. Bd 18 S. 468.**

[2]) **Ebenso v. Liszt: § 47 I und Delaquis: S. 177 ff.**

struktionen sich zu der Vollkommenheit jemals lösen ließe, die das Rechtsgefühl bei jedem Anwendungsfall befriedigt.

Inwieweit eine Revision des materiellen Strafrechts hier nur ein wenig eingreifen[1]) und unter Anerkennung der subjektiven Theorie deren unbedeutende Mängel beseitigen könnte, ist eine Frage, die nicht mehr im Felde unserer Arbeit liegt.

Versuch ist auch der „Mangel am Tatbestand.“

Nachdem wir dazu gelangt sind, die Existenzberechtigung der Kategorien von relativ und absolut untauglichen Mitteln und Objekten innerhalb des Versuchs, ja des Sonderbegriffs „untauglicher Versuch“ selbst zu leugnen, werden wir jetzt noch der viel bestrittenen Frage[2]) näher treten, ob die Fälle des „Mangels am Tatbestand“ eine gesonderte Stellung im System beanspruchen dürfen, oder ob sie dem erweiterten Versuchsbegriff unterstellt werden können.

Wer in der Literatur eine Begriffsbestimmung des Mangels am Tatbestand sucht, der findet meistens viele Beispiele, aber sehr selten präzise Definitionen. *Zachariae*[3]) sagt, Mangel am Tatbestand liege überall da vor, wo der „Mangel nicht das Fortschreiten oder die Beendigung der verbrecherischen Tätigkeit oder den Eintritt der zum Begriff des Verbrechens erforderlichen Wirkung, sondern eine andere Eigenschaft des Verbrechens betrifft.“

Wir verstehen das dahin, dass beim Mangel am Tatbestand zwar die vom Täter erstrebte sinnfällige Veränderung in der Aussenwelt herbeigeführt ist, nicht aber die gleichfalls vom Vorsatz mit umfassten Begriffsmerkmale des verbrecherischen Tatbestandes vollständig verwirklicht sind.

Es handelt sich dabei um folgende Fälle: Jemand stiehlt oder beschädigt seine eigene Sache, die er versehentlich für eine fremde hält; oder jemand heiratet zum zweiten Male in der irrigen Meinung, der erste Ehegatte sei noch am Leben.

---

[1]) Vielleicht in Anlehnung an das russ. St.-G.-B., das eine Ausnahmebestimmung enthält für Handlungen, die aus „rohem Aberglauben“ oder „grober Unwissenheit“ vorgenommen sind. Cf. Delaquis: S. 225.

[2]) Mangel am T. setzen = Putativdelikt: Olshausen: § 59 N. 25; Frank: S. 107. Für die Scheidung zwischen Mangel a. T. und Versuch tritt vor allem Langenbach ein.

[3]) a. a. O. S. 22.

Wir werden prüfen, ob sich nicht die eben festgestellten Begriffsmerkmale des Versuchs auch bei allen diesen Fällen des Mangels am Tatbestand vorfinden — nämlich Vollendungsvorsatz und Objektivierung des Willens durch Handlungen, die mehr sind als Vorbereitung und weniger als Vollendung.

1. Der Vorsatz beim Mangel am Tatbestand.

Es fragt sich: wollte der Täter einen Tatbestand verwirklichen, der einem derjenigen Tatbestände entspricht, an die der Gesetzgeber seine Strafdrohung geknüpft hat? Denn zum Vorsatz genügt es nicht, daß der Täter die sinnfällige Veränderung in der Aussenwelt gewollt hat, sondern er muss seine Handlung auch „in der Beleuchtung irgend einer menschlichen Bewertung“[1]) erblickt, ihre antisoziale Bedeutung erkannt haben. Somit richtet sich der Vorsatz nicht lediglich auf die natürliche Handlung, sondern auch auf Begriffliches: Er umfaßt die Summe von Tatbestandsmerkmalen, die der Täter unter dem Gesichtspunkt betrachtet, daß objektiv ihre Verwirklichung normwidrig ist.[2]) Wer sich mit Mordgedanken trägt, der will natürlich die sinnfällige Veränderung, das Zerreißen der Gewebe durch Schießen; aber zugleich wird er sich auch der Tatbestandsmerkmale seiner Handlung bewußt sein, er wird sie als pflichtwidrig erkennen. Er braucht dabei nicht das St.-G.-B. zu kennen und braucht nicht zu wissen, daß der Mord bestraft und mit dem Tode bestraft wird. „Er weiß aber, daß dies und jenes objektiv vorliegen wird, diese objektive Vorliegenheit will er, und in dieser kennt er, gleichsam latent, alle Tatbestandsmerkmale.“[3])

Von Vorsatz können wir also sprechen, wenn der Wunsch des Verbotenen sich zu einem Wollen verdichtet hat, dadurch daß es sich auf bestimmte, zur Vollendung geeignet erscheinende Handlungen richtet — sich individualisiert; und wenn in der Vorstellung des Täters das Gewollte als ein Bild erscheint, das alle Elemente eines pönalisierten Tatbestandes aufweist.

Wer nun irrtümlich seine eigene Sache „stiehlt“, der hat

---

[1]) Kohlrausch: a. a. O. S. 187.

[2]) Dagegen gehört zum Vorsatz nicht auch die Kenntnis, ob und welche Deliktsfolgen der Gesetzgeber an die Verwirklichung dieses Tatbestandes geknüpft hat; denn error iuris nocet!

[3]) Delaquis: S. 114.

offenbar ebenso den Willen, eine fremde bewegliche Sache sich zuzueignen, als der beim Wegnehmen einer wirklich fremden Sache ertappte Dieb. Denn nur der wirkliche, nicht ein hypothetischer Vorstellungsinhalt kommt hier in Frage; das muß scharf betont werden. Deshalb ist es gleichgiltig, ob und inwieweit das Vorstellungsbild gegenüber den realen Umständen der Außenwelt fehlerhaft ist, und ob etwa der Täter bei richtiger Erkenntnis dieser Fehler das Bild korrigiert haben würde. Denn es ist ja klar, daß jemand, der gern eine Sache haben möchte, die er irrtümlich für das Eigentum seines Nachbars hält, bei richtiger Erkenntnis seines Rechts den früheren Diebstahls-Vorsatz erheblich modifizieren würde: er würde nicht mehr stehlen, sondern sein gutes Recht auf gesetzlichem Wege geltend machen wollen. Erfährt er dagegen nicht die Wahrheit, und nimmt er die Sache wirklich fort, so ging sein Vorsatz zweifellos auf Diebstahl. Und ebenso sicher hat den Vorsatz des Meineids, wer eine nur vermeintlich falsche Tatsache beschwört.

2. Die Objektivierung des Willens beim Mangel am Tatbestand.

Beim Mangel am Tatbestand, wo ja die sinnfällige Veränderung der Außenwelt völlig plangemäß bewirkt worden ist, kann kein Zweifel bestehen, daß das Minimum der Objektivierung, der „Anfang der Ausführung" erreicht ist. Es kann sich hier nur noch fragen, ob nicht deren Maximum überschritten wurde. Denn daß die Tat hinter dem Vorsatz zurückgeblieben, daß es nicht zur Vollendung gekommen sei, fordert ja § 43 St.-G.-B.

Manche[1]) behaupten, die Vollendung der Tat sei bereits bewirkt, wenn der Täter die sinnfällige Veränderung der Außenwelt, die er bewirken wollte, bewirkt hat. Wer seine eigene Sache „gestohlen" hat, habe die Tat dem Inhalt seines Vorsatzes gemäß vollendet.

Wer aber mit uns auf dem Standpunkt steht, daß der Vorsatz mehr umfaßt als die natürliche Handlung, als die bloße Körperbewegung,[2]) der kann auch in der beendeten physischen Handlung eine Vollendung nicht sehen.

Die Untersuchung ergibt also: alle Merkmale des Versuchs-

[1]) Klee: Wille und Erfolg. S. 26 ff.

[2]) Eingehende Begründung hierzu bei Kohlrausch: a. a. O. S. 94.

begriffs finden sich auch beim Mangel am Tatbestand. Der Versuchsbegriff umfaßt die Fälle des Mangels am Tatbestand.[1])

Wir gehen noch weiter und leugnen auch die Möglichkeit, den Mangel am Tatbestand innerhalb des großen Kreises der Versuchsfälle als besondere Kategorie nach objektiven Merkmalen abgrenzen zu können.

Der zuerst von *Zachariae* behauptete Unterschied (cf. oben) gründet sich auf eine Trennung der Kausalität von der Summe der übrigen Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens: dem Versuch sei das Fehlen des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg, dem Mangel am Tatbestand dagegen das Fehlen eines sonstigen Tatbestandsmerkmals wesentlich.[2])

Eine solche Trennung wäre denkbar; aber allein der Gesetzgeber dürfte sie anordnen. So lange dies nicht geschehen ist, muß das Herausheben der Kausalität aus dem Kreise der Tatbestandsmerkmale als willkürlich bekämpft werden. Denn es ist auch sonst durchaus kein Grund vorhanden, der die Kausalität zu einer Sonderstellung legitimierte. In Beziehung zum vollendeten Delikt sind darum alle Merkmale de lege lata gleichwertig: kein einziges von ihnen darf zur Vollendung fehlen, und die Abwesenheit irgend eins derselben stempelt die Tat höchstens zum Versuch. Für die „Sachbeschädigung“ ist es ebenso wichtig, daß die Handlung zu der Beschädigung kausal, als daß die beschädigte Sache eine fremde war. Ist aber die Kausalität ein Tatbestandsmerkmal gleich allen anderen, so enthält jeder Versuch einen Mangel am Tatbestand.[3]) Der Versuchsbegriff umfaßt also nicht nur die Fälle des Mangel am Tatbestand als Oberbegriff, sondern Versuch und Mangel am Tatbestand sind identisch.[4])

---

[1]) Ebenso R. G. vom 2. V. 1892. G. A. Bd. 40 S. 138.

[2]) Aehnlich Frank: a. a. O. § 43, II: „Der Begriff des Versuchs erfordert den vollen Tatbestand des Delikts mit der einzigen Ausnahme, daß die kausale Verbindung zwischen Tätigkeit und Objekt nicht oder doch nicht im Sinne des Täters eingetreten ist.“

[3]) Ebenso v. Buri: G. S. 1880 S. 362 und Lammasch: S. 63 Anm. 22.

[4]) Wenn wir von Mangel am Tatbestand sprechen, so ist vorausgesetzt, dass der Vorsatz eiuen vollen Verbrechenstatbestand umfaßt hat, dem gegenüber die

Zweiter Abschnitt.

Der Begriff „Putativdelikt".

Putativdelikt[1]) ist eine Handlung, deren objektiver und subjektiver Tatbestand keinem Strafgesetz unterliegt, trotzdem der Handelnde dies vermeint.

Der Soldat, der auf Vorposten einen Menschen, der dem Anruf nicht gehorsam war, pflichtgemäß erschossen hat, glaubt sich strafbar gemacht zu haben. Wer sein eigenes Pferd, das er vermietet hatte, dem Mieter heimlich wegnimmt, glaubt einen Diebstahl zu begehen. Wer in der Notwehr den Gegner tötet, glaubt des Mordes schuldig zu sein. Wer in unzivilisiertem Lande einen Mord begeht, glaubt strafbar zu sein. Jemand glaubt eine Zolldefraudation zu begehen, trotzdem das betreffende Einfuhrverbot acht Tage vorher aufgehoben war. Ein Geldleiher, der sich 6% Zinsen versprechen läßt, meint wegen Wuchers strafbar zu sein.

In allen diesen Fällen ist von einem verbrecherischen Vorsatz nicht die Rede. Das Bild der Tat, wie es sich in der Vorstellung des Täters spiegelt, ist juristisch ganz unbedenklich, und wird nur durch die irrige Qualifikation der Handlung, durch die Furcht vor Deliktsfolgen, die nie eintreten können, getrübt.

Was den objektiven Tatbestand des Putativdelikts anlangt, so kann hier die Handlung gemäss dem Vorsatz sowohl vollendet, als auch unvollendet sein. —

Es ist oft behauptet worden, das Putativdelikt dokumentiere ebenso wie jedes wirkliche Verbrechen eine rechtsfeindliche Gesinnung.[2]) Wir müssen dieser Ansicht entgegentreten, weil sie auf einer Verkennung des Begriffs „Putativdelikt" zu beruhen scheint oder doch wenigstens leicht zu Missverständnissen führen kann.

Objektivierung mangelhaft ist. Wenn also jemand seine eigene Sache **mit** Bewußtsein seines Rechts aus dem Gewahrsam des Nachbarn entfernen will, sie aber nicht findet und unverrichteter Sache zurückkehrt, so liegt darin ebensowenig Mangel am Tatbestand des § 242 St.-G.-B., als Versuch.

[1]) Aehnlich Haeberlin: G. A. 13 S. 235 ff. — Die Ausdrücke „Putativdelikt" und „Wahnverbrechen" werden promiscue gebraucht.

[2]) So Binding: S. 695.

Die Gesinnung des Putativdelinquenten ist nicht der wirklichen Rechtsordnung feindlich, sondern nur einer fiktiven. Man wird nicht allgemein aus dieser Abneigung gegen die eingebildete Rechtsordnung auch auf eine solche gegen die wirkliche schliessen dürfen. Denn gegen die fiktive Rechtsordnung wird oft nur verstoßen werden, weil sie als ungerecht erscheint, weil das gesunde Gefühl sagt, solche Tat müsse eigentlich erlaubt sein Wer so denkt, würde gegen die wirkliche, gerechte Rechtsordnung vielleicht nie verstoßen wollen. Deshalb ist es nicht richtig, ganz allgemein dem Wahnverbrecher rechtsfeindliche Gesinnung zuzuschreiben. Oder sollte die Gesinnung des friedlichen Bürgers notwendig rechtsfeindlich sein, der sich strafbar glaubt, weil er verbotene Eigenmacht mit Gewalt abwehrte, oder weil er den höchst zudringlichen Bettler etwas derb vor die Türe setzte?

Daß der Begriff des Putativdelikts von vielen auch auf einzelne Arten des Versuchs, vor allem auf die des Mangels am Tatbestande[1]) ausgedehnt wird, wurde bereits am Eingange erwähnt, und im Gegensatz dazu die Notwendigkeit scharfer Abgrenzung betont.

Nachdem wir bisher versucht haben, die Begriffe einzeln festzulegen, können wir nun dazu übergehen, die Grenze zu ziehen.

Dritter Abschnitt.

Untauglicher Versuch und Putativdelikt. — Die unterscheidenden Begriffsmerkmale.

A.) Vorsatz.

Die Vorstellung der Handlung und des Erfolges, das Bild, das der Täter sich von der geplanten Tat machte, entspricht beim Putativdelikt keiner Summe von Tatbestandselementen, wie

[1]) Sit venia verbo! Wir behalten die althergebrachte Terminologie (auch „Untauglicher Versuch“) um so unbedenklicher bei, als die bisherigen Ausführungen dartun, daß wir darunter nicht eine objektiv unterschiedene Kategorie meinen können, sondern nur eine Gruppe normaler Versuchsfälle, denen teilweise nur die Begrenztheit menschlichen Erkennens eine gesonderte Bewertung zu teil werden läßt.

sie der Gesetzgeber zur Vorbedingung einer Strafdrohung macht. Der Vorsatz richtet sich hier also auf etwas durchaus Legales — eine Tat, die jeder gesetzeskundige Staatsbürger ohne rechtliche[1]) Bedenken ausführen dürfte; sie würde nicht im mindesten die Strafrechtswissenschaft interessieren, wenn mit dem Vorsatz nicht die Vorstellung, die Befürchtung verbunden wäre, daß die geplante Tat mit Strafe bedroht sei.

Ebensowenig nun der Vorsatz des Verbrechers dadurch ausgeschlossen wird, daß er irrtümlich annimmt, seine Tat habe keine Deliktsfolgen,[2]) ebensowenig wird der Vorsatz des Putativdeliquenten dadurch ein deliktischer, daß dieser der legalen Handlung irrtürmlich Deliktsfolgen andichtet. Auch beim Putativdelikt muß der Vorsatz nur nach seiner wirklichen Beschaffenheit, d. h. nach der Art, wie sich das Bild der Handlung in der Vorstellung des Handelnden spiegelt — und nicht nach irgend einer Qualifikation durch den Täter selbst — beurteilt werden.

Mit allen Verbrechen hat das Putativdelikt dies gemeinsam, daß es regelmäßig nicht begangen wird weil, sondern trotzdem der Täter Strafe erwartet und fürchtet.[3]) Es wäre nun immerhin denkbar, daß jemand ein Putativdelikt beginge, weil er hofft, daraufhin im Gefängnis ein Unterkommen zu finden; und hier könnte es scheinen, als ob der Vorsatz sich nicht mehr auf ein erlaubtes Tun, sondern auf die Verwirklichung des verbrecherischen Tatbestandes richtet. Wer z. B. seine eigene Sache mit Bewußtsein seines Eigentumrechts, aber in der Meinung, dadurch einen Diebstahl zu begehen, dem Mieter heimlich forträgt, wünscht vielleicht, es möchte ihm gelingen, alle Tatbestandsmerkmale des § 242 St. G. B. zu verwirklichen. Indes nur scheinbar! Auch in diesen extremen Fällen wird immer nur die Handlung gewollt, nicht die juristische Abstraktion; und die Vorstellung des Begrifflichen dieser Handlung bleibt so wie sie tatsächlich ist; sie wird nicht so, wie der Täter sie qualifiziert, oder wie sie sein müßte, um dem Zweck zu entsprechen.

[1]) Vom moralischen Standpunkt aus mag sie vielleicht höchst verwerflich erscheinen.

[2]) Bedeutung des Satzes: error iuris nocet. cf. Kohlrausch: a. a. O.

[3]) Cf. Haeberlin: G. A. Bd. 13 S. 235.

Während beim Putativdelikt Willensbetätigung und Erfolgsverwirklichung immer nur eine unverbotene Tat darstellen, ist dem Vorsatz beim Versuch charakteristisch, daß ein vollendetes Verbrechen vorliegen würde, gelänge es den Willen zu betätigen und den vorgestellten Erfolg zu realisieren. Der Vorsatz beim Versuch — und zwar gleichermaßen beim untauglichen Versuch und Mangel am Tatbestand — ist dem Vollendungsvorsatz des betreffenden Delikts völlig kongruent: Der „Versuch ist ein subjektiv vollendetes Verbrechen.“[1])

Die Kriminalität des Vorsatzes wird weder dadurch aufgehoben, daß das daraus hervorgehende Bewirken an sich vom Gesetze nicht verpönt ist —[2]) wenn es nur das vorgestellte und gewollte war — noch auch dadurch, daß das Gesetz dieses Bewirken gerade zu gebieten und sogar umgekehrt sein Unterlassen zu bedrohen scheint.[3])

Wer einen Meineid zu schwören glaubt und eine Tatsache aussagt, die zufällig wahr ist, der hatte eben in seine Vorstellung nicht das Beschwören einer wahren, sondern einer falschen Aussage aufgenommen. Der Arzt, der den Patienten vergiften will und ihm versehentlich einen Trank beibringt, der, statt zu schaden, die Genesung herbeiführt, wollte töten. Das Natürliche an der Handlung, das Sprechen der wahren Worte stellt ja an sich kein Delikt dar, ebensowenig wie das bloße Beschwören unrichtiger Behauptungen oder das Töten des Menschen notwendig ein Delikt ist. „An sich ist nichts weder gut noch böse, das Denken macht es erst dazu.“[4])

Wenn *Binding* behauptet, daß nach unserer Auslegung die Norm lauten müßte: verboten ist nicht nur, was sie untersagt, sondern auch, was der Täter für untersagt hält, so scheint uns in diesem Vorwurf, Putativdelikt und Versuch zu verwechseln, selbst eine Verwirrung der beiden Begriffe zu liegen. Denn verboten ist gewiß nur, was die Norm untersagt; aber die Norm untersagt nicht das Bewirken, sondern das Bewirken wollen,

---

[1]) v. Buri: G. S. Bd. 32 S. 323.

[2]) Das objektive Bewirken oder Unterlassen ist nie an sich strafbar, sondern als Vergegenständlichung eines Willens. cf. unten.

[3]) a. A. Binding: S. 695.

[4]) Hamlet, II. 2.

wenn der Vorsatz auf Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes gerichtet war. Jeder andere Vorsatz kann höchstens zu einem Putativdelikt hinführen. An der fundamentalen Bedeutung der Lehre vom Tatbestande für Versuch und Vollendung halten wir fest. Aber wir legen diesen gesetzlichen Maßstab in erster Linie an den Vorsatz; dann erst vergleichen wir damit die Objektivierung dieses Vorsatzes: ist die ganze Summe der erforderlichen Tatbestandsmerkmale hier ebenfalls vorhanden, so können wir vollendetes Verbrechen feststellen — sonst nur Versuch.

Für einzelne Fälle des untauglichen Versuchs (V. a. untauglichen Objekt) ist die rechtliche Relevanz des Vorsatzes überhaupt geleugnet worden,[1]) denn es käme dabei garnicht zu einem „Wollen im rechtlichen Sinne."

Daß zur Rechtsbedeutsamkeit des Vorsatzes ein bloßer Wunsch. ein leeres Wollen des Erfolges nicht genüge, daß vielmehr ein „konkretisierter Wille" erfordert werden muß, ist unbestreitbar. Diese Konkretisierung des Willens liegt aber bereits vor, sobald mit dem Erfolg auch die Tätigkeit und der erwartete Kausalzusammenhang zwischen beiden in der Vorstellung erschienen sind.[2]) Ob sie im einzelnen Falle vorliegt, das kann nicht mit Rücksicht auf die faktische Richtigkeit dieser Vorstellung, sondern allein nach ihrem Inhalt festgestellt werden. Sollte dieser Vorstellungsinhalt z. B. beim Mörder dadurch verschoben werden, daß im Abenddunkel das Ziel seines Schusses kein Mensch — sondern eine Vogelscheuche war? — Hätte in diesem Fall der Gegner wirklich statt der Vogelscheuche oder auch nur hinter dieser gestanden und wäre getötet worden, so würde gewiß auch *Baumgarten* an der Relevanz des Vorsatzes nicht gezweifelt haben; und doch wäre die Vorstellung des Täters dieselbe geblieben. Der tatsächliche Zustand vorgestellter Dinge kann an dem Bilde der Vorstellung nichts unmittelbar verändern.

B. Der Irrtum.

Sowohl beim untauglichen Versuch als beim Putativdelikt irrt der Täter. Weil aber beide Male Ursache und Inhalt des

---

[1]) Baumgarten: Versuch. S. 358.

[2]) Und zwar auch nur in allgemeinen Umrissen. cf. v. Liszt: S. 174.

Irrtums völlig verschieden sind, so bietet sich damit unserer Abgrenzung ein unterscheidendes Merkmal.

Ein Irrtum ist das einzige Moment, das den Vorsatz und die Tat des Wahnverbrechers vor allen übrigen rechtmäßigen Handlungen auszeichnet. Die Ursache dieses Irrtums ist mangelnde Rechtskenntnis und sein Inhalt: die Annahme von Deliktsfolgen.

Man darf den Irrtum des Wahnverbrechers als error iuris bezeichnen.[1]) Er bildet das Gegenstück zu dem Irrtum, der in der Schuldlehre eine negative Rolle spielt, von dem der oft mißverstandene Satz gilt: error iuris nocet, und der darin besteht, daß der Täter seiner in Wirklichkeit strafbaren Tat Deliktsfolgen abspricht.

Regelmäßig werden beim Putativdelikt die tatsächlichen Verhältnisse richtig erkannt sein. Aber das ist nicht notwendig.[2]) Die Wirklichkeit braucht nicht unbedingt mit der Vorstellung übereinzustimmen. Ein Beispiel mag diese Behauptung klarstellen: Jemand, der in der Erregtheit sein kostbares Rubens-Original zerstört hat, glaubt wegen Beschädigung von Kunstwerken (nach § 304 St.-G.-B.) Gefängnisstrafe zu verdienen. Dies ist der typische Fall des Putativdelikts.

War das Bild tatsächlich im Eigentum eines öffentlichen Museums — irrte also der Täter nicht nur über die Deliktsfolgen des Gewollten, sondern auch über das Dasein von Tatumständen (nach § 59 St.-G.-B. straflos), so wird durch solchen error facti an dem Wesen der Tat als eines Putativdelikts nichts geändert. Das Wesen des Putativdelikts wird also nicht berührt, wenn neben dem Deliktsfolgen-Irrtum bei rechtlichem Wollen errores facti einhergehen. (Gleichgültig also, wenn der Zerstörer über die Qualität des Bildes irrte, das kein Original, sondern eine ganz wertlose Nachahmung war.)

Glaubte jedoch der Zerstörer, das Bild sei Museumseigentum. während es tatsächlich ihm gehörte, so ist der Vorsatz deliktisch, die Annahme von Deliktsfolgen nicht mehr irrig, und das Ganze stellt strafbaren Versuch dar.

Beim (untauglichen) Versuch geht der Vorsatz auf Vollendung der strafbaren Tat, und der Täter irrt hier nur über die Mög-

[1]) Ebenso Haeberlin: a. a. O.

[2]) Anders Kriegsmann: a. a. O.

lichkeit, diese Vollendung tatsächlich herbeiführen zu können. Die Ursache zu diesem Irrtum kann doppelter Art sein:

1. Der Täter hat allgemeine Erfahrungssätze nicht gekannt oder die tatsächlichen Umstände nicht richtig bewertet. 2. Unkenntnis über Rechtsnormen.

Man hat behauptet, daß der Irrtum dem Versuch gar nicht wesentlich sei, daß es auch „Versuch ohne Irrtum" gäbe. *Kriegsmann* (S. 23) führt dazu aus, daß der „Vernünftigdenkende" in seine Vorstellung sowohl die Möglichkeit des Gelingens als die des Misslingens aufnehme. Bleibt nun der Erfolg aus, so soll dieser Effekt zwar nicht dem Willen, wohl aber der Vorstellung entsprechen: es könne daher von Irrtum keine Rede sein.

Dagegen behaupten wir: ein Versuch ohne Irrtum ist undenkbar. Jeder Versuch enthält die Erwartung, daß es gelingen werde, den Tatbestand eines Verbrechens zu verwirklichen. Mag diese Erwartung auch in noch so unbestimmter Form in der Vorstellung des Täters leben, so fehlt sie doch nie völlig. Denn wäre der Täter von der Notwendigkeit des Misslingens überzeugt gewesen, so wäre hiermit ein verbrecherischer Vorsatz schlechthin unvereinbar. Glaubte er aber an die geringste Möglichkeit des Erfolges, so liegt darin schon ein Irrtum; denn das Misslingen war ja notwendig. Er irrte — und dieser Irrtum ist wahrhaft menschlich — weil er, statt die Notwendigkeit des Misslingens vorauszusehen, an eine noch so ferne Möglichkeit des Gelingens glaubte.

Man darf diesen Irrtum, der dem Versuch wesentlich ist, nicht verwechseln mit dem Irrtum, der in der Schuldlehre eine Rolle spielt, insofern er den Vorsatz ausschliesst. In der Schuldlehre nämlich hat der Irrtum nur negative, beim Versuch dagegen positive Bedeutung.[1])

Schon *Häberlin* teilte Putativdelikt und Versuch danach ein, daß bei ersterem ein error iuris, bei letzterem ein error facti vorliege. *Kriegsmann,* der diese Scheidung aufrecht erhalten will, sieht sich schon zu gewissen Einschränkungen genötigt.[2])

---

[1]) cf. Kohlrausch: a. a. O. S. 8.

[2]) Denn den Irrtum über das Eigentumsrecht auf einen error facti (über die tatsächliche Veranlassung zum Erwerbe) zurückzuführen, erscheint etwas gekünstelt. So ließe sich schließlich jeder error iuris — auch über das objektive Recht — auf

Wir halten diese Abgrenzung nach error facti — error iuris, deren Einfachheit wohl auf den ersten Blick bestechen mag, nicht nur aus technischen Gründen für verfehlt[1]) (weil an Stelle der zu beseitigenden Schwierigkeit nur eine neue gesetzt würde, nämlich e. facti und e. iuris zu scheiden), sondern auch weil sie zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Versuchsbegriffes führen muß.

Beispiele werden deutlicher für uns sprechen:

1. Glaubt der unverheiratete A, die B sei mit dem C verheiratet — er weiß, daß beide beim Standesbeamten waren und irrt nur insoweit, als die Ehe wegen schweren Formfehlers nichtig ist — und konkumbiert er nun mit der B, so wäre er theoretisch[2]) wegen Versuchs nach § 172 St.-G.-B. zu bestrafen. 2. Nimmt man dagegen an, daß A den Formmangel kannte, weil er als Trauzeuge die tatsächlichen Vorgänge genau verfolgt hat, er aber darin irrte, daß er die rechtliche Konsequenz absoluter Nichtigkeit nicht kennt: so wäre nach der von uns bekämpften Ansicht ein strafloses Putativdelikt gegeben. Diese Lösung erscheint uns nicht allein „befremdlich"[3]) sondern falsch. *Bar*[4]) wirft u. E. auch ganz mit Recht solcher Entscheidung vor, daß ein unwichtiger Umstand zur Grenzmarke zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit gemacht würde.

Fragen wir hier nach der Vorstellung des A, so kann die Antwort nur lauten: er hält B und C für gültig verheiratet. A hat also den Vorsatz einer Tat, die den im § 172 St.-G.-B. erforderten Merkmalen entspricht. Da dieser Vorsatz ausserdem hinreichend objektiviert ist, so liegt kein Grund vor, diesmal nicht „Versuch" anzunehmen. Freilich ist der Irrtum nur ein error iuris — das stempelt aber die Tat nicht zum Putativdelikt.

---

einen error facti zurückkehren. Z. B. als Irrtum über die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften und über die Publikation des Gesetzes im Reichsgesetzblatt.

[1]) cf. v. Liszt: S. 177: „Die Unterscheidung von Tatirrtum und Rechtsirrtum findet im Gesetz keine Grundlage und läßt sich in der Rechtsprechung gar nicht durchführen."

[2]) d. h. wenn der Versuch dieses Vergehens ausdrücklich mit Strafe bedroht wäre.

[3]) So Kriegsmann selbst S. 57.

[4]) Versuch und Teilnahme S. 22.

Aehnlich verhält es sich mit folgendem Beispielpaar: 1. Jemand ist Eigentümer einer Sache als Erbe geworden. Da er nichts von dem Erbfall weiß, stiehlt er die Sache. Zweifellos macht er sich des Versuchs schuldig. 2. Weiß dieser Erbe nun sowohl von dem Erbfall als auch von seinem Erbrecht, glaubt aber, es bedürfe noch zum Eigentumsübergang einer gerichtlichen Form, so irrt er über das objektive Recht, nämlich den Rechtssatz: der Tote erbt den Lebendigen. Dennoch hatte er auch in diesem Falle die Vorstellung, eine Sache wegzunehmen, die in fremdem Eigentum steht. Er ist also wegen versuchten Diebstahls zu bestrafen.

Wer vor dem 23. April 1900 strafbar zu sein glaubte, weil er elektrische Arbeit sich widerrechtlich zugeeignet hatte, beging ein Putativdelikt. Denn sein Vorsatz richtete sich auf eine damals noch unverbotene Tat, und er irrte, indem er Deliktsfolgen fürchtete. — Wer dagegen bei solcher Zueignung die Elektrizität für eine „Sache“ hielt, (nicht weil er den juristischen Sachbegriff auch auf unkörperliche Gegenstände ausdehnen wollte, sondern weil er über die physikalischen Eigenschaften der Elektrizität im unklaren war, weil er den „Strom“ für eine Flüssigkeit, ein Fluidum hielt) machte sich versuchten Diebstahls auch damals schon schuldig. Denn sein Vorsatz enthielt alle Elemente einer durch § 242 St.-G.-B. mit Strafe bedrohten Handlung.

C. Die Objektivierung des Willens.

Der Vorstellungsinhalt des Putativdelinquenten kann vollständig verwirklicht werden: dann ist das Putativdelikt sowohl nach der subjektiven als der objektiven Seite hin vollendet.

Auch beim Versuch verlangten wir eine Objektivierung des Vorsatzes. Aber diese Objektivierung muß notwendig ein Torso bleiben. (Cf. oben S. 28). Die Nichtvollendung — d. h. die Nichtverwirklichung des Vorstellungsinhalts — ist dem Versuch charakteristisch.

Dies ist also die gesuchte Grenze:

Die unterscheidenden Merkmale

a. des Putativdelikts: Der Vorsatz ist nicht deliktisch; der Irrtum liegt in der Annahme von Deliktsfolgen;[1]) die Objektivierung kann vollständig sein.

b. des untauglichen Versuchs: Der Vorsatz ist deliktisch; der Irrtum liegt in der Unkenntnis über das Fehlen von Voraussetzungen der Vollendung; die Objektivierung ist unvollständig.

---

[1]) In praxi wird die Grenze zwischen Deliktsmerkmal und Deliktsfolgen allerdings oft schwer zu finden sein, weil die beiden Begriffe sich auf eine allgemein gültige Formel nicht bringen lassen. Der letzte Ausweg ist dann, historisch zu untersuchen, an welche vorhandenen Merkmale der Gesetzgeber seine Strafdrohung angeknüpft hat.

Zweiter Teil.

Erörterung der Strafbarkeit.

Erster Abschnitt.

Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.

1. Die Norm richtet sich an den Willen.

Während wir den Begriff des Versuchs in weitem Umfange ausdehnten, waren wir uns der notwendigen Folge bewußt, auch den Strafbefehl des § 43 St.-G.-B. über das neue Gebiet hin zu erstrecken. Denn ist der Versuch strafbar, und ist der untaugliche Versuch auch nichts anders als Versuch, so muß er gleichfalls gestraft werden.

Dies Resultat ist nicht nur notwendige Konsequenz begrifflicher Entwickelung; wir dürfen es im folgenden unternehmen, die Strafbarkeit aller Versuchsfälle auch aus inneren Gründen[1]) zu rechtfertigen, so daß wir auf zwei Wegen zu dem gleichen Ziele gelangen.

Es liegt in der Entwickelungstendenz der Strafrechtswissenschaft, daß bei der Beurteilung von Verbrechen die subjektiven Momente immer tiefer in den Kreis der Betrachtung gezogen

[1]) Wenn wir unsere eigene Ansicht aus einer Grundanschauung über das Wesen des Strafrechts herleiten, so dürfen wir nicht leugnen, daß eine andere Grundanschauung mit derselben Existenzberechtigung diametral gegenübersteht. Ueber Prinzipien läßt sich kaum streiten (cf. oben S. 22); umso anfechtbarer sind die praktischen Konsequenzen und die begriffliche Weiterbildung der Grundgedanken des Objektivismus. Diese haben wir stets bekämpft und werden darin fortfahren.

werden, daß von der rohen Prüfung des Geschehens auf dessen feinste Ursachen, den Willen und dessen Motive zurückgegangen wird. Bekannt ist ja, nach welch äusserlich-formalen Gesichtspunkten im älteren deutschen Recht die Missetaten unterschieden und das Strafmaß abgezirkelt wurde. Nur sehr langsam verschaffte sich das Willensmoment Geltung, wurden Versuch, Anstiftung und ähnliche Willensvorgänge unter angemessene Strafen gestellt.[1]) Denn nichts ist natürlicher, als daß die sinnfälligen Ereignisse der Außenwelt vor den psychischen Vorgängen Beachtung gefunden haben. So erklärt es sich, daß die Entwicklung von der Strafbarkeit des verbrecherischen Erfolges zu der des verbrecherischen Wollens, des Versuchens vorschritt; so erklärt es sich ferner, daß innerhalb der kriminellen Bewertung des Versuchs selbst der Subjektivismus den objektiven Theorien allmählich den Boden abgewinnt.[2])

Die Strafdrohungen des Staates enthalten Gebote und Verbote. Diese haben keine Macht über das objektive Geschehen, über die unabänderlichen Gesetze der Kausalität, nach denen der Erfolg notwendig eintritt, sobald die Bedingungen desselben in rerum natura sind. Gebieten kann der Staat nur dem menschlichen Willen, solchen Erfolg anzustreben.[3]) Wie der Wille das einzige gemeinsame Begriffsmerkal aller Versuchsfälle ist, so darf er theoretisch auch als zureichender Grund für ihre Strafbarkeit angesehen werden. Auch den intensivsten verbrecherischen Willen können Umstände, die von ihm völlig unabhängig sind, nicht nur an dem tatsächlichem Bewirken des Erfolges, sondern auch an jeder Objektivierung hindern. Das Ideal eines Strafrechtssystems müßte es jedenfalls sein, die Strafbarkeitsbedingungen von all solchen Zufälligkeiten loszulösen. Solch eine reine Willenstrafe würde nicht, wie man oft behauptet hat, unbillig sein, sondern gerade die höchste Gerechtigkeit repräsentieren.

Doch ist es zweifellos, daß der menschliche Richter nicht dazu qualifiziert ist, diese „höchste Gerechtigkeit" zu üben.[4]) Denn

[1]) cf. v. Liszt: S. 160.

[2]) Delaquis: S. 190 und Z. Bd. 25 S. 268; Cohn: Jurist. Wochenschrift XXXII S. 287 u. A.

[3]) cf. Lammasch: S. 53 ff.

[4]) Immerhin würde auch hiermit Moral und Recht nicht verwechselt, weil ja der Wille einen gesetzlich festgelegten Tatbestand umfassen müsste.

eine Justiz, die sich nur mit dem Innenleben des Menschen beschäftigte, würde von ihren Organen Allwissenheit fordern müssen; sie ist praktisch undurchführbar. Das menschliche Erkennen, das die Sinne vermitteln, dringt nicht bis ins Innere des Verbrechers, sondern umfaßt nur den Willen, der in einer Handlung zutage getreten ist und jenseits der rein subjektiven Sphäre liegt. „L'homme ne connait la volonté de son semblable que par les faits, qui la révèlent."[1]) Und so muß eine neue Gedankenreihe korrigierend eingreifen: nicht mehr der reine Wille, sondern der objektivierte Wille kann Gegenstand des Strafrechts sein.

Die Norm lautet also nicht: „Du sollst den Erfolg nicht bewirken", sondern: „Du sollst den Erfolg nicht anstreben", d. h. ihn wollen und solchen Willen durch Handlungen betätigen.

Man darf auch nicht „Bewirkenwollen" — „Versuchen" setzen,[2]) weil damit nur der gewöhnliche, nicht aber der juristisch-wissenschaftliche Sprachgebrauch einverstanden sein würde. Der Begriff des Versuchs ist enger. Er enthält nur das Wollen eines verbrecherischen Erfolges, das sich durch Handlungen kund tut. „Handlungen" stehen hier im Gegensatz zum „Erfolg". So wenig jemand verantwortlich gemacht werden kann, für das Eintreten eines Erfolges an sich, so sehr kann er verantwortlich gemacht werden für Handlungen, mit denen der Wille jenen Erfolg zu erzielen hoffte. Diesen Handlungen ist keine selbständige Bedeutung zuzusprechen.[3]) Man darf von ihnen keine objektiven Beziehungen zum Erfolg verlangen. Sie haben Bedeutung lediglich durch ihre Existenz, die uns erst möglich macht, auf das Vorhandensein und die „nötige Energie, den nötigen Sättigungsgrad"[4]) des Willens zu schließen. „Das im Versuch Geschehene ist nur die äußere Gestaltung des Willens; dieser vergegenständlichte Wille aber muß ersehen lassen, daß alle Requisite der Vollendung von ihm umfaßt worden sind."[5])

[1]) Rossi, zit. nach Klee S. 59 Anm. 2.

[2]) Wie das Lammasch tut (S. 54), womit allerdings der reine Wille als ausreichendes Strafbarkeitskriterium anerkannt würde. Hiergegen auch Delaquis (S. 146).

[3]) Im Gegensatz zu den objekt. Theor.

[4]) Kohler: I S. 20.

[5]) v. Buri: G. A. Bd. 32 S. 362.

2. Vorteile des subjektiven gegenüber dem objektiven Ausgangspunkt.

Wir haben oben zugegeben, daß eine rein subjektive Theorie zu Ergebnissen kommen kann, die dem Rechtsempfinden des Volkes nicht immer entsprechen. Aber selbst bei den extremsten Fällen, wie beim Totbeten, wird die Konsequenz der Strafbarkeit nur sehr hart, aber niemals ungerecht erscheinen. „Unvergleichlich unerträglicher" als eine Strafe in diesen „krassesten, sozusagen zur Abschreckung ausgeheckten"[1]) Fällen würde jedoch die Konsequenz objektiver Theorien für die Strafbarkeitsfrage sein.

Die Strafrechtspflege darf nicht dulden, daß in den Fällen vom „untauglichen Mittel und Objekt" der Täter wegen äußerer Umstände, die von seinem verbrecherischen Willen völlig unabhängig waren, unter dem scandale de l'impunité[2]) bleibe.

Oder sollte man den Taschendieb, der in der Rocktasche nichts gefunden hat, weil der Eigentümer zufällig das Portemonnaie zu Hause ließ, straflos lassen, damit er sein Handwerk weiter treibe? Wäre es wirklich nicht versuchter Raub, wenn jemand einen harmlosen Wanderer überfällt, schlägt, zu Boden wirft und durchsucht, um ihn zu berauben — aber nichts findet? Natürlich wird im letzten Fall das vollendete Delikt (z. B. Körperverletzung) bestraft. Aber diese Strafe wird dem Rechtsempfinden Hohn sprechen; denn der Angegriffene, der nichts Wertvolles bei sich trägt, wird sich lieber vollständig durchsuchen lassen, als sich durch Gegenwehr auch persönlich zu gefährden, so daß der Verletzungserfolg ein unbedeutender sein wird. *Lammasch,* der diesen Fall erwähnt (S 35), knüpft daran mit Recht die Vermutung, daß die Richter wünschen müßten: „hätte doch der Angeklagte nur dem Angefallenen ein paar Knochen entzwei geschlagen, daß man ihn länger einsperren könnte!"

Im Jahre 1891 beschäftigte folgender Fall die österreichischen Gerichte: die A hatte, um ihren Mann zu töten, sich arsenikhaltiges Rattengift beschafft. Ein unbestimmter Verdacht veranlaßte einen Hausgenossen, das Gift ohne Wissen der A heimlich mit einem harmlosen Putzpulver zu vertauschen. Wirklich brachte

[1]) v. Liszt-Wien Z. Bd. 25 S. 26.

[2]) Saleilles: cit. aus Z. Bd. 25 S. 27; ebenso Lammasch: S. 34, 85; Delaquis: S. 138 und Kohler: I S. 23 ff.

die A dies Pulver, in dem Glauben, es sei Gift, ihrem Gatten bei. Das Gericht stellte das Verfahren ein, weil ein absolut untaugliches Mittel angewendet sei.[1]) Dachten damals die Richter gar nicht an die schwere Gefährlichkeit der Giftmischerin für die Allgemeinheit, als sie diese Person freiliessen, an die soziale Gefahr,[2]) die doch ungleich schwerer wiegt, als manches vollendete Verbrechen?

Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein Gesetz das blosse Sicherbieten (§ 49 a St.-G.-B.) zum Einbruchsdiebstahl bestraft, wenn es den Dieb, der zur Nachtzeit bereits in eine leerstehende Villa eingestiegen ist, freisprechen wollte. Das Sicherbieten wird sehr oft eine weit geringere Objektivierung des deliktischen Willens darstellen, als Handlungen beim untauglichen Versuch. Wer also ganz allgemein für den untauglichen Versuch de lege lata Straflosigkeit behauptet, der beschuldigt damit implicite den Gesetzgeber (um § 49 a willen) einer argen Inkonsequenz.

Bei einer Gruppe von Fällen hält *Binding* jedoch die Vorzüge einer objektiven Theorie für ganz evident:[3]) nämlich wenn das deliktische Wollen eine Handlung gezeitigt hat, deren Bewirken geboten und deren Unterlassen sogar als strafbar erscheint.

Wir meinen, daß auch in dieser Richtung die hier vertretene objektive Theorie zu durchaus gerechten Ergebnissen führt, und werden zum Beweise an einem Beispiel die Konsequenzen ziehen: Ein Bahnwärter A glaubt irrtümlich, die seiner Obhut anvertraute Weiche sei so gerichtet, daß der nächste Schnellzug freie Fahrt haben werde, während die Weiche tatsächlich so steht, daß der Zug auf einem „toten Gleise“ verunglücken muß. A faßt nun den Vorsatz, den Transport zu gefährden; er betätigt diesen Entschluss, indem er von seinem Stellwerk aus die Weiche derart verändert, daß seiner Ueberzeugung nach der Zug entgleisen muß — während er hierdurch gerade auf das richtige Gleise kommt. — A hatte zweifellos den Vorsatz zum Verbrechen der Transportgefährdung (§ 315 St.-G.-B.) wäre also wegen Versuchs zu bestrafen, trotzdem gerade durch seine Handlung der Zug

[1]) Aus Z. Bd. 25 S. 27.

[2]) In der Betonung der „sozialen Natur des Strafrechts“ schließen wir uns Kohler (I S. 24) an. Ebenso neuerdings v. Liszt-Wien Z. 25 S. 36.

[3]) Binding: I S. 695.

aus schwerer Gefahr gerettet wurde, und trotzdem das Gesetz ihm so zu handeln befahl.

Das eigentümliche Resultat, daß hier bestraft wird, gleichviel ob die Handlung vorgenommen, oder ob sie unterlassen[1]) ist, darf uns nicht befremden. Denn das Gesetz stellt auch hier nicht vor die ungeheuerliche Alternative: bewirke oder bewirke nicht, bestraft wirst du stets — sondern es sagt nur: ist dein objektiviertes Bewirkenwollen oder -Nichtwollen schuldhaft, so wirst du bestraft; ist es nicht schuldhaft, so ist von Strafe keine Rede.

3. Die Versuchsstrafe als Mittel der Prävention.

„Die Strafdrohung soll von einer Tätigkeit abhalten, die auf den Erfolg berechnet ist, von der der Täter aber nie wissen kann, ob sie ihn auch in Wahrheit verwirklichen werde.“[2]) Sie darf aber nur hoffen, dieses Ziel zu erreichen, wenn sie sich dieser Tätigkeit nicht nur im Falle des Gelingens, der Vollendung, sondern in jedem beliebigen Stadium als gewisse Folge anschließt. Ein vorzügliches Mittel der Prävention liegt in dem Umstand, das jeder sich sagen muß, bevor er sich zur verbrecherischen Handlung entschließt: Der erhoffte Erfolg ist ungewiß, die gefürchtete Strafverwirkung aber gewiß.

Denken wir an die eben erwähnten Beispiele zurück und an ihre Entscheidung durch die objektive Theorie. Wird nicht den Taschendieb, den Räuber das sichere Gefühl zu neuen Schandtaten treiben, daß ihnen nur im Falle des Gelingens Strafe droht, daß die Strafe sich „vollständig als Preis des Delikts darstellt?“ (*Lammasch* S. 53).

4. Die Einwendungen gegen die subjektive Theorie.

Oben wurde bereits die Tatsache erwähnt, daß die Gegner sich meist darauf beschränken, einzelne Konsequenzen des Subjektivismus zu tadeln, da die Begriffsbestimmung selbst keine Angriffspunkte bietet. Es soll jetzt noch versucht werden, die hauptsächlichsten dieser Einwände zu entkräften.

---

[1]) Wegen fahrlässiger Transportgefährdung nach § 316 Abs 2. Daß der Irrtum über den wahren Zustand der Weiche auf Fahrlässigkeit beruht, wird angenommen.

[2]) Lammasch: S. 53.

Es ist oft behauptet worden, daß eine Theorie, die den Willen und nicht den Erfolg straft, gegen den Rechtssatz: cogitationis poenam nemo patitur[1]) verstoße.[2]) — Wir finden in diesem Satze nur die Erkenntnis, zu der wir auf S. 42 gelangten, bestätigt; nämlich daß eine reine Willensstrafe, eine rein subjektive Theorie faktisch undurchführbar wäre. Deshalb verlangten wir ja zu dem Willen noch eine Objektivierung durchs Handeln; und gerade durch dies Erfordernis sind wir gegen den Vorwurf, die nuda cogitatio zu bestrafen, geschützt.

Berner[3]) warf dem R.-G. nach der berühmten Entscheidung vom 24. Mai 1880 vor, den „Standpunkt eines Gesetzesinterpreten" verlassen zu haben, „um den eines Rechtsphilosophen zu ersteigen." Dieser Vorwurf trifft u. E. umso weniger zu, als er nicht einmal einer rein subjektiven Theorie gegenüber erhoben werden dürfte. Denn wenn auch der „blanke Wille" bestraft werden sollte, so würde von diesem Willen doch zuerst verlangt werden müssen, daß er einen der gesetzlich festgelegten Tatbestände umfaßt.[4]) Der Richter würde also auch dann dem Grundsatz unseres St.-G.-B. § 2: nulla poena sine lege untertan sein, und die Schranken zwischen Recht und Moral blieben unberührt.

Daß aus der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eine Gefahr für die Unschuld nicht erwächst, wird schon damit garantiert, daß natürlich auch hier der dolus selbständig bewiesen werden muß. Je weniger der verbrecherische Wille sich objektiviert hat, umso bündigere Beweise für den dolus werden die Anklagebehörden zu fordern haben. Mit Recht weist *Lammasch* (S. 34) darauf hin, daß es keinem Staatsanwalt einfallen werde, eine Anklage auf Giftmordversuch zu erheben, weil A dem B Zucker zu essen gab. Eine sehr schwere Gefahr für die Unschuld aber können wir nur im Gefolge der objektiven Theorien erkennen, wenn nämlich ein Mensch, dessen schändliche Gesinnung und soziale Gefährlichkeit beim untauglichen Versuch klar erwiesen ist, unbestraft in der bürgerlichen Gemeinschaft verweilen darf.

[1]) 1. 18. D. de poenis 48. 19.

[2]) Frank: § 43. S. 54.

[3]) Lehrbuch S. 144 Anm. 3.

[4]) Damit ist auch der Vorwurf, die subjektive Lehre verstoße gegen § 2 St.-G.-B. (so Cohn: G. A. Bd. 28 S. 377) entkräftet.

Man hat es als einen Widerspruch bezeichnet, daß ein „Versuch mit tauglichen Mitteln“ durch freiwilligen Rücktritt nach § 46 Abs. 2 St.-G.-B. straflos werde, während diese Vergünstigung beim „Versuch mit untauglichen Mitteln“ nicht statthabe, weil dann von entsprechenden Gegenmitteln nicht die Rede sein könne. — Daß aus dieser Bestimmung überhaupt Unbilligkeiten erwachsen können, darf nicht bestritten werden. Aber erstens kann dem nur aus kriminalpolitischen Rücksichten[1]) eingefügten § 46 eine Bedeutung für die Begriffsbestimmung des Versuchs, die lediglich im § 43 zu suchen ist, nicht beigelegt werden; und zweitens können diese Unbilligkeiten nicht allein bei der Bestrafung des untauglichen Versuchs, sondern bei allen Arten des Versuchs zutage treten. Zum Beweise dafür sei der vom R.-G. (Bd. 17 S. 160) angeführte Fall erwähnt. Der Täter, der in mörderischer Absicht an dem Gegner vorbeischießt, wird unter allen Umständen wegen Mordversuchs gestraft werden müssen; hätte er dagegen den Gegner sogar getroffen und schwer verletzt, dann aber den Eintritt des nahen Todes durch eigene Tätigkeit abgewendet, so dürfte er nur wegen Körperverletzung bestraft werden.

5. Die relative Strafbarkeit.

Wer bei der Beurteilung des Versuchs das Schwergewicht auf den verbrecherischen Willen legt, der wird durch die Macht der Konsequenz auch vor die Frage geführt: müssen nicht Versuch und Vollendung gleich schwer bestraft werden, da doch der Wille in beiden Fällen der gleiche ist, und der Erfolg oft nur von äusseren Umständen abhängt?

Es muß zugestanden werden, daß hiernach allerdings die Vollendungsstrafe der des Versuchs theoretisch gleichgestellt werden müßte; und das kann umso unbedenklicher ausgesprochen werden, als solche Bestimmungen tatsächlich schon jetzt in manchen Kodifikationen enthalten sind. Wir erinnern nur an art. 2 des Code pénal: „toute tentative de crime . . . est considérée comme le crime même,“ und an die Bestrebungen der modernen deutschen Kriminalpolitiker, die sehr energisch die Gleichstellung der Versuchs- mit der Vollendungsstrafe[2]) verlangen.

---

[1]) cf. v. Liszt: S. 212 § 48, I.

[2]) cf. v. Liszt: Lehrbuch. S. 208 und Mitt. der I. K. V. 9. 108. Im gleichen Sinne erklärte sich die deutsche Landesversammlung der I. K. V. zu Bremen. 1902.

Es kann hier nicht der Ort sein, diese Frage eingehend zu erörtern. Nur auf eins sei kurz hingewiesen. Wenn die positive Vorschrift des § 44 St.-G.-B. (im Gegensatz zum preuss. St.-G.-B. vom 14. April 1851) uns hindert, die letzten logischen Schlüsse zu ziehen, so darf darin kein Nachteil der subjektiven Theorie erblickt werden. Das Gesetz ist für das Leben, und die Theorien sind seine Diener! Die beste Theorie kann, zu den äussersten Konsequenzen getrieben, ins praktisch Unmögliche führen. Dann ist es aber die Pflicht des Gesetzgebers, mit positiven Ausnahmebestimmungen einzugreifen.[1]) Das ist durch § 44 geschehen. Ob der Grund, der den Gesetzgeber bestimmte, eine gemilderte Strafe für den Versuch festzusetzen, ein zureichender war oder nicht, soll hier, wie gesagt, nicht entschieden werden; nur eine Erwägung mag zeigen, daß er nicht grundlos verfuhr.

Einer der wichtigsten Faktoren, nach denen überhaupt das Strafmaß der Verbrechen in unseren Kodifikationen bestimmt wird, ist der Eindruck der Tat bei der Allgemeinheit.[2]) Dieser Eindruck ist natürlich ungleich tiefer beim vollendeten Verbrechen als beim versuchten; denn die Gesellschaft sieht nur das äussere Geschehen, die Tat. Das böse Wollen geht spurlos dahin; der schädliche Erfolg aber bleibt, einmal eingetreten, dauerhaft in konkreter Erscheinung. — —

Was endlich die Strafzumessung im einzelnen Falle anlangt, so mag hier eine unterschiedliche Behandlung der Fälle des untauglichen Versuchs allerdings oft geboten sein; denn das Verkennen allgemeiner Erfahrungssätze oder der Bedingungen der konkreten Sachlage wird häufig auf geistiger Minderwertigkeit oder auf Affekten beruhen. Doch dabei wird streng individualisiert werden müssen: jede allgemeine Regelung wäre verfehlt.

---

[1]) cf. v. Liszt: Z. 21 S. 140: „Die Wahrheit läßt nicht mit sich handeln; die Wissenschaft kennt daher keine Kompromisse . . . Aber anders liegt es auf dem Gebiet der praktischen Betätigung, der Gesetzgebung insbesondere."

Auch Vorbereitungshandlungen müßten als Objektivierung des deliktuosen Willens gestraft werden, wenn nicht durch die Bestimmung des § 43 („Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung . . . enthalten . . .") eine positiv rechtliche Ausnahme geschaffen wäre.

[2]) Ebenso Lammasch: S. 65.

Zweiter Abschnitt.

Die Straflosigkeit des Putativdelikts.

„Nulla poena sine lege“ ist oberstes Prinzip unserer Strafrechtspflege nach geltendem Recht. Oft wurde dieser Satz in der Versuchskontroverse mißbraucht; vornehmlich von dem „Mangel am Tatbestand“ hatten wir ihn abzuwehren — beim Putativdelikt, in dem von uns eingegrenzten Gebiet, ist seine Herrschaft unbestritten.

Eine Kodifikation, die dem Gewissen des Einzelnen die Schaffung von Normen überließe, würde jede Justiz unmöglich machen. Denn hätte man einmal dem verfeinerten Ehrgefühl dies privilegium odiosum der Gesetzgebung[1]) verliehen, so wäre kein Grund vorhanden, nicht auch dem gröberen Empfinden zum Vorteil den Satz error iuris nocet zu streichen.[2]) Wollte man die Frage nach der absoluten Strafbarkeit von der Vorstellung des Täters beantworten lassen, so müßte folgerichtig das Gleiche mit der Frage nach dem Strafmaß geschehen. Wer ohne Ueberlegung getötet hat und die Todesstrafe erwartet, wäre hinzurichten. Subjektive Werturteile würden das geschriebene Recht verdrängen.

Der Vorsatz des Putativdelinquenten enthält die Elemente nicht, die das Gesetz zur Voraussetzung seiner Strafdrohung macht; und die vollständigste Objektivierung dieses Vorsatzes wird am besten seine Rechtlichkeit an den Tag bringen. Der Täter vermeint allerdings, sein Vorsatz, seine Handlung seien deliktisch. Aber der Gesetzgeber, der seinem Werke Vollständigkeit und Ausschließlichkeit zuspricht, will, daß nicht des Täters Befürchtung, nicht das Rechtsgefühl des Volks, sondern allein das Gesetz der Handlungen Strafbarkeit oder Straflosigkeit umgrenze. Eherne Tatbestandsformen hat er geschaffen und dazu im § 2 Abs. 1 St.-G.-B. indirekt erklärt: das Putativdelikt ist straflos.

---

[1]) cf. Lammasch: S. 77.
[2]) Ebenso Binding: I S. 695.

Alphabetisches Verzeichnis der Abkürzungen
auf Grund der Vorschläge des deutschen Juristentages.

A.

A. (Arch.)	=	Archiv.
Abh.	=	Abhandlungen.
Abk.	=	Abkommen.
ABl.	=	Amtsblatt.
Abs.	=	Absatz.
AG.	=	Amtsgericht.
AK.	=	Anwaltskammer.
AnfG.	=	G. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21. VII. 1879, neue Fassung v. 20. V. 98.
ArchKrimAnthr.	=	Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik.
ArchÖffR.	=	Archiv für öffentliches Recht.
Art. (Artt.)	=	Artikel.
AuslVt.	=	Auslieferungs-Vertrag.
AuswA.	=	Auswärtiges Amt.
AVBl.	=	Armee-Verordnungs-Blatt.
AVf.	=	Allgemeine Verfügung.

B.

BayObLG.	=	Oberstes Landesgericht in Bayern oder Bayerisches Oberstes Landesgericht, je nach dem Zusammenhange: in Zivil- oder Strafsachen.
BayObLGSt.	=	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen.
Begr. (Bgr.)	=	Begründung.
Beitr.	=	Beitrag.
Bek. (Bk.)	=	Bekanntmachung.
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. VIII. 96.
BGBl.	=	Bundesgesetzblatt.

Bgr. (Begr.) — Begründung.
Bk. (Bek.) — Bekanntmachung.
Bl. — Blatt, Blätter.
BlGefängnK. (BlGefK.) — Blätter für Gefängniskunde.
BR. — Bundesrat.

C. siehe auch **Z.**

CBlRw. — Centralblatt für Rechtswissenschaft.

D.

D. — Denkschrift.
DepotG. — G. betr. Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. VII. 96.
DJT. — Deutscher Juristentag oder dessen Verhandlungen.
DJZ. — Deutsche Juristen-Zeitung.

E.

E. — Entwurf.
E. (Entsch.) — Entscheidung. Entscheidungen.
EG. = Einführungsgesetz.

F.

FK. = Ferienkammer.
FS. = Feriensenat.

G.

G. = Gesetz.
GBl. = Gesetzesblatt.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GewO. (GO.) = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich v. 21. VI. 69, neue Fassung vom 26. VII. 00.
GKG. = Gerichtskostengesetz v. 18. VII. 78, neue Fassung vom 20. V. 98.
GoltdArch. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begr. von Goltdammer.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Hg. von Grünhut.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. I. 77, neue Fassung v. 20. V. 98.
GVGebO. = Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. VI. 78, neue Fassung v. 20. V. 98.

H.

HAusg.	= Handausgabe.
HB.	= Handbuch.

J.

J. (Jahrb.)	= Jahrbuch, Jahrbücher, Jahresbericht, Jahresberichte.
JBl.	= Juristische Blätter.
JKV.	= Internationale kriminalistische Vereinigung oder deren Mitteilungen.
JLBl.	= Juristisches Literaturblatt.
JMBl.	= Justizministerialblatt.
Instr.	= Instruktion.
JVJSchr.	= Juristische Vierteljahrsschrift.
JVRVJahrb.	= Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre.

K.

KG.	= Kammergericht.
KonsGG.	= G. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. V. 00.
KonsOG.	= G. betr. die Organisation der Bundeskonsulate, sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln v. 8. XI. 67.
KonsVt.	= Konsularvertrag.
KrG.	= Kriegsgericht.
KrimStat.	= Kriminalstatistik. Bearbeitet im Reichs-Justizamt und im Kaiserlichen Statistischen Amt.
KrVJSchr.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
KStatA.	= Kaiserliches Statistisches Amt.
KunstUrhG.	= G. betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste v. 9. I. 76.

L.

Lehrb.	= Lehrbuch.
LG.	= Landgericht.
LitUrhG.	= G. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. VII. 01.

M.

M.	=	Motive.
MBl.	=	Ministerialblatt.
Mitt.	=	Mitteilungen.
Mot.	=	Motive.
MSchr.	=	Monatsschrift.
MSchrKrimPsych.		Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsform.
MStGB.	=	Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 20. VI. 72.
MStGO.	=	Militärstrafgerichtsordnung v. 1. XII. 98.
MVBl.	=	Marine-Verordnungsblatt.

N.

NahrMittelG. (NMG.)	=	G. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen v. 14. V. 79.
Nr.	=	Nummer

O.

O.	=	Ordnung.
ObLG.	=	Oberstes Landesgericht.
OestAGZ.	=	Allgemeine Oesterreichische Gerichts-Zeitung.
OKrG.	=	Oberkriegsgericht.
OLG.	=	Oberlandesgericht.
OLGMünchenSt.	=	Sammlung von Entscheidungen des königl. Oberlandesgerichtes München in Gegenständen des Strafrechtes und Strafprozesses.
OMA.	=	Ober-Militär-Anwalt.
ORA.	=	Ober-Reichs-Anwalt.
O[illegible]r.	=	Obertribunal.
OV[illegible].	=	Oberverwaltungsgericht und dessen Entscheidungen.

P.

PatG.	=	Patentgesetz v. 7. IV. 91.
Pl.	=	Vereinigte Zivil- und Strafsenate.

R.

RA.	=	Rechtsanwalt.
RAGebO. (RAGO.)	=	Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. VII. 79, neue Fassung v. 20. V. 98.

RAJ. = Reichsamt des Innern.
RAnz. = Deutscher Reichsanzeiger und Königl. Preußischer Staatsanzeiger.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung v. 1. VII. 78.
RBG. = Gesetz betr. d. Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. III. 73.
Recht = Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
RegBl. = Regierungsblatt.
RG. = Reichsgericht und dessen Entscheidungen (je nach dem Zusammenhange: in Zivil- oder Strafsachen; wo der Zusammenhang Zweifel läßt, ist RGZ. oder RGSt. zu verwenden).
RG. (RAnz.) = Entscheidungen des Reichsgerichts. Besondere Beilage zum Deutschen Reichs- und Königl. Preußischen Staats-Anzeiger.
RGBl. = Reichsgesetzblatt.
RGRspr. = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
RGSt.*) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RJA. = Reichs-Justizamt.
RK. = Reichskanzler.
RMA. = Reichs-Marine-Amt.
RMG. = Reichsmilitärgericht und dessen Entscheidungen
RMilG. Reichsmilitärgesetz v. 2. V. 74.
RT. Reichstag.
RV. G. betr. Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. IV. 71.

S.

SchutzgebG. Schutzgebietsgesetz v. 25. VII. 00.
SeuffBl. J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SpionG. G. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. VII. 93.

*) Wo der Zusammenhang keinen Zweifel läßt, genügt „RG“.

SprengstG.	G. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. VI. 84.

St.

StA.	Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft.
StGB.	Strafgesetzbuch vom 15. V. 71, neue Fassung v. 26. II. 76.
StK.	Strafkammer.
StPO.	Strafprozeßordnung vom 1. II. 77.
StrafhEntschG.	G. betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 20. V. 98.
StrandO.	Strandungsordnung v. 17. V. 74.

U.

UnlW.	Unlauterer Wettbewerb. (Zeitschrift.)
UntersuchEntschG.	G. betr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. VII. 04.
UWG.*) (UnlWG.)	G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. V. 96.

V.

V. (VO.)	Verordnung.
VBl.	Verordnungsblatt.
VerStS. (VStS.)	Vereinigte Strafsenate.
Vf.	Verfügung.
Vhdl.	Verhandlungen.
VJSchr	Vierteljahrsschrift.
VStS. (VerStS.)	Vereinigte Strafsenate.
Vt.	Vertrag.

W.

Württ. J.	Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege

Z.

Z.	Zeitschrift, Zeitung.
ZPO.	Civilprozeßordnung v. 30. I. 77, neue Fassung v. 20. V. 98.
ZStW.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

*) Nur anzuwenden, wenn Verwechselung mit dem Gesetz über den Unterstützungswohnsitz ausgeschlossen ist.

